أسفار
لنشر نفيس الكتب والرسائل العلمية
دولة الكويت

الأسرار
في مسائل الخلاف

صنعة

أبي زيد الدبوسي
القاضي عبيد الله بن عمر بن عيسى الحنفي
(٤٣٠هـ)

تحقيق

د. حمزة بن بوبكر رابح

إشراف

عدنان بن فهد العبيات

الجزء السادس

الطَّبْعَةُ الأُولَى
١٤٤٥هـ - ٢٠٢٣م

أَسْفَار
لِنَشْرِ نَفِيسِ الكُتُبِ وَالرَّسَائِلِ العِلْمِيَّةِ
دَوْلَةُ الكُوَيْتِ

E-mail: s.faar16@gmail.com
Twitter: @sfaar16

مَكْتَبَةُ الإِمَامِ الذَّهَبِيِّ لِلنَّشْرِ وَالتَّوْزِيعِ

الفرع الرئيسي: حولي - شارع المثنى - مجمع البدري - ت: ٢٢٦٥٧٨٠٦
فرع المصاحف: ت ٢٢٦١٥٠٤٦ - فـرع الجهراء: الناصر مول: تلفون: ٩٥٥٥٨٦٠٨
فرع الفحيحيل: البرج الأخضر - شارع الدبوس - تلفون: ٢٥٤٥٦٠٦٩ - ٩٥٥٥٨٦٠٧
فرع الرياض: المملكة العربية السعودية التراث الذهبي - جوال ٥٥٧٧٦٥١٣٨ ٠٠٩٦٦
الخط الساخن: جــوال: ٩٤٤٠٥٥٥٩ ٠٠٩٦٥

z.zahby74@yahoo.com imamzahby

بسم الله الرحمن الرحيم

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب البيوع

[١] البيع[٢] نوعان:

❊ حلالٌ، واسمه البيع.

❊ وحرامٌ، واسمه الرِّبا.

والحلال نوعان:

❊ لازمٌ.

❊ وغير لازمٍ.

والحرام كذلك نوعان:

❊ ما يعود جائزًا برفع المفسد [منه][٣].

❊ وما لا يعود جائزًا بحالٍ.

فذلك أربعة [أنواع][٤].

والحلال الذي هو غير لازم: ما كان فيه خيار الفسخ للعاقدين[٥].

---

[١] «ص» زيادة (تفصيل ما اختلف فيه من كتاب البيوع، وما اتفق عليه).

[٢] «ص» (البيع المشروع).

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٥] «ص» (للعاقد).

والخيارات أربعة:

❊ خيار الشَّرط.

❊ وخيار الرَّدِّ بالعيب[١].

❊ وخيارٌ بسبب الاستحقاق.

❊ وخيار الرُّؤية.

ثمَّ البيع أربعة أنواعٍ من جهة المبيع:

❊ البيع المطلق: وهو بيع عينٍ بعينٍ، أو دينٍ[٢].

❊ وبيع السَّلم: وهو بيع ما في الذِّمَّة.

❊ وبيع ما يصنعه عينًا[٣]: وهو الاستصناع.

❊ وبيع المنافع: وهو الإجارة.

ومن جهة الثَّمن أنواعٌ أربعةٌ أيضًا:

❊ بيع العين بالثَّمن: وهو المطلق.

❊ وبيع الثَّمن بالثَّمن: وهو الصَّرف.

❊ وبيع العين بمكيلٍ أو موزونٍ، أو عدديٍّ متقاربٍ يتعلَّق في الذِّمَّة.

---

[١] «ص» (وخيار العيب).

[٢] في حاشية «أ» (تفصيل ما اختلف فيه من كتاب البيوع وما اتفق عليه البيع المشروع).

[٣] «ص» (عبثا).

* وبيع العين بثيابٍ[١] موصوفةٍ[٢] في الذِّمَّة.

ومن جهة التَّسمية ينقسم إلىٰ أربعةٍ:

* بيع مساومةٍ: وهو البيع بالثَّمن الذي يتَّفقان عليه[٣].

* وبيع مرابحة: وهو البيع بالثَّمن الأوَّل، وزيادة.

* وبيع توليةٍ: وهو البيع بالثَّمن الأوَّل.

* وبيع وضيعةٍ: وهو البيع بالنُّقصان عن الثَّمن الأوَّل.

فأمَّا الفاسد فيفسد لجهاتٍ أربعٍ:

* إمَّا لمعنىٰ في المحلِّ مع قيام الماليَّة.

* وإمَّا لمعنىٰ في العاقد مع قيام الأهليَّة.

* وإمَّا لمعنىٰ في العقد مع قيام أصله.

* وإمَّا لعدم الماليَّة في[٤] البدل أصلًا.

فنبدأ بالفاسد وأنواعه؛ لأنَّ الفساد ثبت شرعًا، والجواز يثبت بتراضي[٥] الملَّاك كيف تبايعوا[٦] أموالهم، وهو أصلٌ غير محتاجٍ إلىٰ دليلٍ لجوازه بعد

---

[١] «أ» (ساتٍ)، ولم تضبط في «ن»، والمثبت من «ص».

[٢] «أ» «ن» (موصوف)، والمثبت من «ص».

[٣] «ص» زيادة (ابتداء).

[٤] «ص» (من).

[٥] «أ» (بتراخي)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٦] «أ» «ن» (يتبايعون)، والمثبت من «ص».

ثبوت الملك المطلق للتَّصرف شرعًا.

|٩٣٦| مسألةٌ: قال علماؤنا: البيع الفاسد في الجملة يوجب الملك ـ إذا اتَّصل به القبض ـ بقيمة المبيع، لا بالمسمَّىٰ.

وقال الشَّافعي: لا يوجب[١] الملك(٢).

وهذه مسألةٌ من مسائل أصول الفقه، وهي[٣]: أنَّ النَّهي المطلق عن العقود الشَّرعية، والأفعال الشَّرعية ما حكمه؟

قال علماؤنا: حكمه تقرير المشروع، وجعل أداء العبد[٤] إذا باشره فاسدًا؛ إلَّا بدليلٍ.

وقال الشَّافعي: حكمه رفع المشروع، ونسخه؛ إلَّا بدليلٍ.

وقد ذكرناها في أصول الفقه، وإنَّما موضع الكلام ـ ههنا ـ التَّخريج علىٰ ما أُجمع[٥] عليه.

وحجَّة الشَّافعي علىٰ التَّخريج علىٰ الأصل، وهو: أنَّا أجمعنا أنَّ النَّهي متىٰ ورد لمعنىٰ في عين[٦] المنهيِّ عنه أوجب رفعه ونسخه، وإذا كان لمعنىٰ في غيره حرَّم المباشرة، ولم يتعرَّض لأصله.

---

[١] «ص» (لا يجب).

(٢) انظر: «نهاية المطلب» (٣٨٣/٥)، و«حلية العلماء» (١٣٢/٤).

[٣] «ص» (وهو).

[٤] «ص» (القيمة).

[٥] في حاشية «أ» (أجمعنا).

[٦] «أ» «ن» (غير)، والمثبت من «ص».

مثال الأوَّل: النَّهي عن بيع الحُرِّ(١) والملاقيح(٢)؛ وهذا لأنَّ البيع عقد تمليك المال، فلا ينفعل[٣] إلَّا في مالٍ، وينعدم بانعدام الماليَّة[٤]؛ كما ينعدم القتل فيما لا حياة له، والحرُّ ليس بمالٍ، وكذلك الماء في الصُّلب أو في الرَّحم[٥]، فلا جرم انعدم العقد أصلًا.

ومثال الثَّاني: النَّهي عن البيع وقت النِّداء يوم الجمعة، فإنَّه جاء لمعنىً في غير البيع، وهو الاشتغال عن السَّعي إلى الصَّلاة بسبب البيع، حتَّى إذا اشتغل

---

(١) لم أقف عليه بصيغة النهي، وروى البخاري (٢٢٢٧) من حديث أبي هريرة ﷺ، عن النبي ﷺ، قال: «قال الله: ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة: رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حرا فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يعط أجره».

(٢) رواه مالك في «الموطأ» (٤/٩٤٦، رقم: ٢٤١١)، وعبد الرزاق (١٤١٣٧) عن ابن شهاب ـ مرسلا ـ عن سعيد بن المسيب؛ أنه قال: «لا ربا في الحيوان. وإنما نهي من الحيوان عن ثلاثة: عن المضامين، والملاقيح، وحبل حبلة». فالمضامين: ما في بطون إناث الإبل. والملاقيح: ما في ظهور الجمال.

ورواه البزار في «مسنده» (١٤/٢٢٠، رقم: ٧٧٨٥) من طريق صالح بن أبي الأخضر، عن الزهري، عن سعيد بن المسيب، عن أبي هريرة: «أن النبي ﷺ: نهى عن الملاقيح والمضامين وحبل الحبلة». ثم قال: «وهذا الحديث لا نعلم أحدا رواه عن الزهري، عن سعيد، عن أبي هريرة إلا صالح بن أبي الأخضر ولم يكن بالحافظ».

وقال الدراقطني في «العلل» (٩/١٨٣): «والصحيح غير مرفوع من قول سعيد غير متصل». وذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/١٠٧)، وقال: «وفيه صالح بن أبي الأخضر، وهو ضعيف».

ورواه البزار في «مسنده» (١١/١٠٩، رقم: ٤٨٢٨) المعجم الكبير للطبراني (١١/٢٣٠، رقم: ١١٥٨١) عن عكرمة، عن ابن عباس ﷺ، أن رسول الله ﷺ: «نهى عن بيع المضامين والملاقيح وحبل الحبلة».

وانظر: «نصب الراية» (٤/١٠)، و«البدر المنير» (٦/٤٩٤)، و«التلخيص الحبير» (٣/٢٩).

[٣] كلمة غير واضحة في حاشية «أ».

[٤] «ص» (المال).

[٥] «أ» «ن» (والرحم)، والمثبت من «ص».

عنه بلا بيعٍ كان حرامًا، والاشتغال عن السَّعي غير البيع، ولا يتَّصل به، ولا يصير منه، فحرمت[١] المباشرة، وبقي البيع في نفسه جائزًا كما كان، حتَّىٰ إذا باشره[٢] صحَّ.

وكذلك الاستيام علىٰ سوم أخيه(٣) حرامٌ لوحشةٍ تلحق الآخر، وما هي[٤] من البيع في شيءٍ.

قال الخصم[٥]: لما ثبت أنَّ النَّهي علىٰ[٦] هذين النَّوعين، وأجمعنا علىٰ أنَّ النَّهي فيما نحن فيه أوجب فساد العقد= عُلم أنَّه جاء لمعنىً في عينه؛ فيرفعه أصلًا، ويعدمه[٧].

وعلىٰ هذا: النَّهي عن صوم يوم النَّحر والعيد(٨) لما أوجب فساد ذلك الصَّوم[٩] حتَّىٰ لا يتأدىٰ به قضاء صوم وجب مطلقًا= عُلم أنَّه جاء لمعنىً في

---

[١] «أ» «ن» (فحرم)، والمثبت من «ص».

[٢] «أ» «ن» (باشر)، والمثبت من «ص».

(٣) روىٰ البخاري (٢٧٢٧)، ومسلم (١٤٠٨) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه ـ واللفظ لمسلم ـ عن النبي ﷺ قال: «لا يخطب الرجل علىٰ خطبة أخيه، ولا يسوم علىٰ سوم أخيه، ولا تنكح المرأة علىٰ عمتها ولا علىٰ خالتها، ولا تسأل المرأة طلاق أختها لتكتفئ صحفتها، ولتنكح، فإنما لها ما كتب الله لها».

[٤] «أ» «ن» (هو)، والمثبت من «ص».

[٥] «ص» (الشافعي).

[٦] «ص» (ثبت النهي عن).

[٧] في «ص» وحاشية «أ» زيادة (كالنهي عن بيع الحر).

(٨) روىٰ مسلم (١١٣٨) من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه: «أن رسول الله ﷺ نهىٰ عن صيام يومين: يوم الفطر، ويوم النحر».

[٩] «ص» (صوم ذلك اليوم).

عينه، فأعدمه أصلًا، وصوم يوم النَّحر مذكورٌ في الصَّوم.

قال: ولأنَّا نُهينا عن بيعٍ وشرطٍ(١)، وبيع الدِّرهم بالدِّرهمين لمعنىٰ راجع إلىٰ نفس البيع؛ لأنَّ الفساد ـ في الدِّرهم بالدِّرهمين ـ للدِّرهم الزَّائد، وهو من نفس البيع؛ لأنَّه ثمن، وفي البيع والشَّرط لمكان الشَّرط، فإنَّه يصير من نفسه[٢] إذا شرط فيه؛ كالشُّروط الجائزة، من نحو شرط الخيار ثلاثة أيَّامٍ، وشرط الأجل، فإنَّ الثَّمن يصير مؤجَّلًا؛ لا شيء آخر منفصل عنه، فكذلك إذا كان [الأجل][٣] مجهولًا أو الخيار.

وكذلك القياس يدلُّ عليه، وهو[٤]: أنَّ البيع عقد تمليكٍ، فالفاسد منه لا يوجب الملك؛ قياسًا علىٰ النِّكاح، فإنَّ فاسده لا يوجب الملك، حتَّىٰ لا يملك الأحكام المختصَّة بالملك من: الطَّلاق، والظِّهار، والإيلاء، وإنَّما يثبت النَّسب إذا استولدها، ويجب المهر بتأويل الملك علىٰ قول من يجيزه.

كما إذا زفَّت إليه غير امرأته، فدخل بها علىٰ ظنِّ أنَّها امرأته، وتأويل[٥] ملك النِّكاح غير الملك؛ وهذا لأنَّ الملك بهذا السَّبب حكمٌ مشروعٌ، والفاسد غير مشروعٍ.

ولا يلزم عليه الكتابة الفاسدة؛ لأنَّها ليست بعقد تمليك علىٰ الحقيقة؛ لأنَّ

---

(١) سيأتي تخريجه.

[٢] «ص» (من البيع).

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٤] «ص» (لأن).

[٥] في حاشية «أ» (وتأويل الملك في النكاح بخبر القوم). وفي «ص» (وتأويل ملك النكاح يجيز اليوم هذا، ولأن...).

المولى لا يملك على العبد شيئًا حقيقةً[١]، وما يجب للعبد يجب بإسقاط ملكٍ، لا بتمليكٍ على ما عرف؛ ولأنَّه لا يقع للعبد بها إلَّا ملك يدٍ، فأمَّا إذا أدى فإنَّه يعتق، وما ذاك أيضًا بملكٍ.

ثمَّ الجواب[٢] بطريق المفاقهة[٣]: أنَّ الكتابة من وجهٍ معاوضةٌ، ومن وجهٍ تعليقُ عتاقةٍ بشرط[٤] الأداء، وإنَّه يمين، فالنَّهي وإن أفسد الكتابة[٥]، فلا يفسد اليمين.

فإنَّ من قال لعبده: «إن قتلت إنسانًا عمدًا فأنت حرٌّ» صحَّت اليمين، وإن كان ذلك الفعل الذي عقد عليه اليمين فاسدًا؛ لأنَّ اليمين يصحُّ لإيجاب الجزاء ـ إذا وجد شرطه ـ لا لإيجاب الشَّرط، فتكون صحَّته في ملك الجزاء، ويتصوَّر الشَّرط حسًّا لا مشروعًا؛ فلذلك لم ينعدم في حقِّ الجزاء، وإن لم يبق[٦] الشَّرط [مشروعًا][٧]، وتعليلنا[٨] لبيان الإعدام شرعًا؛ إلَّا[٩] أنَّ العبد يضمن قيمته؛ لأنَّ المولى لم يرض بعتقه مجَّانًا لما جعل العتق بالأداء بحقِّ المعاوضة، فضمن القيمة لعدم الرِّضى؛ كما أنَّ المقبوض بسوم البيع مضمونٌ ـ وإن كان بإذن ـ؛ لأنَّه لم يرض به مجَّانًا لما أذن بحكم العقد، وإن كان العقد معدومًا، فهذا مثله.

[١] «ص» (لأن العبد لا يملك على سيده حقيقة).
[٢] في حاشية «أ» (الانفصال).
[٣] «ص» (من طريق الفقه).
[٤] «أ» «ن» (عنًا وشرط)، والمثبت من «ص».
[٥] «ص» زيادة (من حيث إنها معاوضة).
[٦] «أ» «ن» (ينو)، والمثبت من «ص». وكلمة غير واضحة في حاشية «أ».
[٧] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٨] «ص» (لأن تعليلنا).
[٩] «ص» (لا).

ولأنَّ الرِّبا[١] بيعٌ حرامٌ بنصِّ الكتاب، فلا يوجب الملك؛ كبيع الحرِّ، وشراء الخمر، فإنَّه[٢] لا يملك الخمر، وإن قبضه.

يدل عليه[٣]: أنَّ الخمر حرامٌ في نفسها؛ لأنَّه لا يجوز الانتفاع بها بحال، فشراء الشَّيء بالخمر لا يوجب الملك فيما اشتري به؛ كالشِّراء بالبول والدَّم.

ولأنَّ الفساد معنًى منع البيع عن إيجاب الملك قبل القبض، فيمنع كذلك ـ وإن قبض ـ؛ كخيار الشَّرط للبائع، ومع الشدَّة في الخمر؛ وهذا لأنَّ البيع على ما شرعه الله موجب للملك بنفسه، لا بالقبض؛ كما إذا اتَّصل به ممَّا[٤] منعه الملك تحقَّق مانعًا لقيام العلَّة بلا حكمٍ، ولمَّا بقي المانع مع القبض كان المنع قائمًا.

بخلاف الهبة، فإنَّها[٥] لا توجب الملك إلَّا بالقبض؛ لأنَّها ليست بعلَّةٍ بنفسها إلَّا بالقبض، فكان عدم الملك[٦] لنقصان العلَّة، لا لمانع فيه؛ كالوصيَّة لا توجب الملك إلَّا بالموت؛ لأنَّها لا تتم إلَّا به.

ثمَّ الدين لمَّا منع الملك ـ بالموت ـ فمنع[٧]، وإن قبض أيضًا؛ ولأنَّ

---

[١] «ص» (الزنا).

[٢] في حاشية «أ» (لا يوجب الملك في الخمر). وكتب الناسخ عنوانًا جانبيًّا: (مطلب بيع الربا لا يوجب الملك كالحر والخمر).

[٣] «ص» (ولأن).

[٤] «ص» (ما).

[٥] «أ» «ن» (فإنه)، والمثبت من «ص».

[٦] «أ» «ن» (العمل)، والمثبت من «ص».

[٧] «ص» (فمنع).

المقبوض بالبيع الفاسد مضمونٌ عليه بأوصافه ، فإنَّه إذا انتقص[١] وصف منه في يده ـ وُردَّ الأصل ـ ضمِن الوصف .

وكذلك الزَّوائد المنفصلة إذا حبسها ، وردَّ الأصل ؛ فدلَّ [على][٢] أنَّه قبض غصبٍ ، لا قبض ملكٍ ؛ إذ لو كان ملكًا لحصلت الزَّوائد المنفصلة ـ أو المتَّصلة ـ على ملكه ، فكان لا يضمنها بالحبس عن غيره ، ولا وجب ردُّها ، وإن ردَّ الأصل ؛ كما لو كان البيع صحيحًا على مذهبنا ، وعلى مذهبك .

كما في الهبة الصَّحيحة إذا ولدت عند الموهوب له ، ثمَّ رجع الواهب في الأصل= بقي الولد عند الموهوب .

ولعلمائنا : قوله الله تعالى : ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة : ٢٧٥] .

فالله تعالى حكى عن[٣] الكفرة أنَّهم قالوا : ﴿إِنَّمَا ٱلْبَيْعُ مِثْلُ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ ؛ أي : أنه ضربُ تجارة[٤] ، وسببٌ للتَّمليك ؛ كالبيع ، وأنَّه اسمٌ لنوعٍ منه ، ثمَّ قال : بينهما فرقٌ في الحلِّ والحرمة ، فبقي ـ فيما وراء ذلك من الأحكام ـ على ما كانوا عرفوه إلَّا ما ينفيه التَّحريم ضرورة ، فمن ادَّعى أنَّ من ضرورة اتِّصافه بالحرمة انعدامه احتاج إلى دلالة ؛ بل وَصْفُ البيع بالحرمة دليلٌ على وجوده في نفسه ليصير محرَّمًا ، فإنَّ الوصف لا يثبت إلَّا بعد قيام الموصوف ؛ كتحريم الأمِّ يقتضي وجود الأمِّ .

---

[١] «ص» (انتقض) .

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من «ص» .

[٣] «ص» (حكم على) .

[٤] «أ» و«ن» (عادة) ، والمثبت من «ص» ، وفي حاشية «أ» (تجارة) .

وأمَّا التَّخريج على الأصل المجمع عليه فحجَّةٌ لنا ؛ وذلك لأنَّ هذا نهي جاء لمعنى في غير البيع بأصله[١] ، فلا يرفع أصله ، ولا يعدمه شرعًا ؛ قياسًا على [النهي عن][٢] البيع يوم الجمعة وقت النِّداء ، على ما مرَّ .

وإنَّما قلنا ذلك ؛ لأنَّ البيع وجوده بصورة[٣] العقد من العاقدين في عوضين ينفعل فيهما ، وبالشَّرط لم تتغيَّر[٤] صفة العاقدين ، ولا صفة العوضين ، وكلامنا في رجلين وعوضين يتمُّ العقد منهما [فيهما][٥] لولا الشَّرط ، فكان الشَّرط أمرًا زائدًا ، فكان غير العقد ؛ وكذلك بيع الدِّرهم بالدِّرهمين ، إنَّما حرم لمكان الفضل ، وإنَّه زائد على ما كان يتمُّ العقد بدونه ، فكان غيره .

❖ فإن قيل : لَو كان هكذا لَكان لا يفسد العقد .

❖ قلنا : هو مسألة أخرى ، وكلامنا [كان][٦] لبيان أنَّ هذا النَّهي من قبيل ما لا يعدم[٧] المنهي عنه ، ولا يرفعه ، ثمَّ إذا لم يرفع[٨] انقسم إلى قسمين : جائز ، وفاسد .

ثمَّ الجواب : أنَّه إنَّما فسد ؛ لأنَّ المعنى الذي لأجله ورد النَّهي ـ وإن لم يتَّصل بأصل المنهيِّ عنه ـ فقد اتَّصل بوصفه ؛ لأنَّ المنهيَّ عنه البيع ، والشَّرط إذا

---

[١] «ص» (لا في أصله) .

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من «ص» .

[٣] «ص» (لضرورة) ، وكلمة غير واضحة في حاشية «أ» .

[٤] «أ» (يعين) ، «ن» (يتعين) ، والمثبت من «ص» .

[٥] ما بين [ ] ليس في «أ» ، والمثبت من «ن» و«ص» .

[٦] ما بين [ ] ليس في «ص» .

[٧] «أ» (ينعدم) ، والمثبت من «ن» و«ص» .

[٨] «أ» «ن» (يرتفع) ، والمثبت من «ص» .

أُدخل فيه يصير منه، ومن حقوقه، وكوصف له.

فإنَّه يقال: بيع لازم وغير لازم؛ لمكان شرط الخيار، وبيع حالٌّ ونَساءٌ؛ لمكان الأجل، وشراء رابح[١] لمكان زيادة ما اشترىٰ، ولمَّا جاء النَّهي لمعنىً في وصفه ـ لا في أصله ـ رفع[٢] وصف البيع، لا أصله، ووصف المشروع أنَّه بيعٌ حلالٌ جائزٌ، فارتفع الوصف، وصار حرامًا وفاسدًا، وبقي الأصل بيعًا موجبًا للملك.

ولا يلزم النِّكاح بغير شهودٍ، فإنَّه انعدم ولم يبق موجِبًا للملك، وقد نُهينا عنه لمعنىً الشُّهود، وهو غير ما عليه النِّكاح، فكانوا بمنزلة [الوصف][٣] من حيث يصير العقد مصونًا بهم عن الفساد بالإنكار.

فهذا لا يلزم، لأنَّا بهذا النَّهي نجعله حرامًا فاسدًا، ولا نُعدمه أصلًا حتَّىٰ[٤] نثبت به النَّسب[٥]، ونوجب المهر [والعدَّة][٦]، وإذا وطئها مرارًا لم يجب إلَّا مهرٌ واحدٌ؛ كما في النِّكاح الصَّحيح؛ ولكن لم يثبت الملك الذي يثبت بالصَّحيح، وهو المحلِّل[٧] للوطء؛ لأنَّ الثَّابت من الملك الفاسد ملكٌ حرامٌ، كما في البيع الفاسد؛ لأنَّ السَّبب حرامٌ، وما للنِّكاح محلٌّ يثبت فيه الملك، فيصير مملوكًا من منافعها أو رقبتها؛ ليبقىٰ الملك فيه مع قيام الحرمة[٨] في حقِّ

[١] «أ» (رابح)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٢] لم تضبط في «أ» ولعلها (يقع)، «ص» (دفع).
[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص»، وحاشية «أ».
[٤] في (الوصف).
[٥] «ص» (له السبب).
[٦] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص»، وحاشية «أ».
[٧] «ص» (المحل).
[٨] «أ» «ن» (الحريَّة)، والمثبت من «ص».

الفعل، وإنَّما يظهر الملك في أن يكون[١] المستوفى بالوطء حلالًا له.

ولذلك[٢] تسمَّى المرأة حلالًا والطَّلاق تحريمًا، فإذا ذهب بالفساد صفة الحلِّ ـ والملك لا بقاء له بدونه، ولا أثر له ـ انعدم الملك، لا بالنَّهي؛ ولكن بذهاب صفة الحلِّ، وفي مسألتنا هذه: الحل ـ وإن ذهب ـ لم يقتضِ ذهاب الملك؛ لأنَّ المملوك عين وإن حلَّ الانتفاع به صفةً بعد الملك، فجاز زواله مع بقاء أصل[٣] الملك.

ألا ترى أنَّ الخمر تحرم في نفسها[٤]، ويبقى الملك، وكذلك جلد الميتة، والمرأة متى حرمت بالرَّضاع[٥]؛ كما يحرم العصير بالتَّخمُّر، ثمَّ انتفى ملك النِّكاح.

[والطلاق][٦] والإيلاء والظِّهار تصرُّفاتٌ تُملك بالملك الذي وصفناه، فإذا لم يثبت لم تُملك هذه التَّصرفات، ولمَّا ثبت ملك الرَّقبة في ملك اليمين ـ مع الحرمة ـ ملك التَّصرفات فيه أيضًا.

وبيان حقيقة الملك في النِّكاح، وأنَّه لا بقاء له مع الاتِّصاف بالحرمة مذكورٌ في كتاب النِّكاح، وفي كتاب الطَّلاق في مسألة: «الطَّلاق الرَّجعيّ لا يحرم الوطء»، وإنَّما ذكرنا [ههنا][٧] قدر ما يدفع البعض[٨]، وإنَّه يدفع بالمذهب، لا

---

[١] «ص» (يصير).
[٢] «ص»، «أ» (وكذلك).
[٣] في حاشية «أ» (محل).
[٤] «أ» «ن» (نفسه)، والمثبت من «ص».
[٥] «ص» زيادة (أو مصاهرة).
[٦] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٧] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٨] «ص» (النقص).

بالحجَّة، على أنَّا ذكرنا ما هو أصل الحجَّة.

وإنَّما أحلنا إلى كتاب آخر وجوهَ الاعتراض[١] عليه، وبيَّنا حدَّ المناظرة لدفع السَّائل عن الاعتراض، ونقل الكلام إليه.

فثبت الآن أنَّ النَّهي أنواعٌ ثلاثةٌ:

١ ـ ما جاء لمعنى في غيره بلا اتِّصال بالمنهيِّ عنه أصلًا، ولا وصفًا: وهذا لا يرفعه، ولا يعدمه[٢].

٢ ـ ونوع لمعنى في أصل المنهيِّ عنه: وهذا يرفعه ويعدمه[٣]، ولا يبقى مشروعًا بعده.

٣ ـ ونوع لمعنًى[٤] في وصف المنهي عنه؛ لا في أصله: فهذا[٥] يرفع[٦] وصفه ـ وهو الحلُّ والجواز ـ، ولا يرفع[٧] أصله[٨] بقدر اتِّصاله به.

وهذا كما قالوا في الأمة ـ إذا أحرمت فجامعها مولاها ـ: ارتفع به أصل الإحرام؛ لأنَّ الإحرام لم يقع لازمًا في حقِّ المولى، والجماع رافعٌ، فرفعه أصلًا، وإذا أحرمت الحرَّة ـ أو الحرُّ ـ ثمَّ جامعها ارتفع الصحَّة، وبقي فاسدًا،

---

[١] «ص» (وجوبا للاعتراض).

[٢] في حاشية «أ» (يفسده).

[٣] «ن» (نرفعه ونعدمه).

[٤] «ص» (في معنى).

[٥] في حاشية «أ» (يفسده).

[٦] «ن» (نرفع).

[٧] «ن» (نرفع).

[٨] «ص» (وصفه).

ويؤدِّي أفعال الحجِّ علىٰ الفساد حتَّىٰ لا يتأدَّىٰ به[١] الذي وجب صحيحًا ؛ لأنَّ الإحرام يعدُّ منها[٢] لازمًا لا يحتمل الرَّفع[٣] قصدًا ، فعمل في الوصف الذي يحتمل الارتفاع ، دون الأصل الذي لا يحتمله .

وكذلك المكفِّر بالصَّوم ـ إذا وجد ما يعتق ـ فسدت كفَّارته ، ولم يبق ذلك الصَّوم كفَّارة ، وهو وصف الصَّوم[٤] ، وبقي أصله ؛ وهو الصَّوم .

وإذا حلف: «لا يصلِّي الظُّهر» انعقدت اليمين فاسدةً .

بدليل: أنَّ اليمين يعقد للبرِّ ، وهذه اليمين لا توجبه ، ويلزمه أن يحنِّث نفسَه ، وإذا حنِث[٥] وجبت الكفَّارة لانعقادها يمينًا ؛ لأنَّ اليمين من حيث إنَّها عقد علىٰ فعلٍ متصوَّرٍ فعلُه وتركه= لم يكن النَّهي عنه لمعنىٰ في عينه ؛ لأنَّ عينه بهذا يتمُّ ، ومن حيث إنَّ ذلك[٦] صار واجبًا شرعًا صارت اليمين علىٰ إيجاب تركه ، وهذا الوصف منعدم منه[٧] ، فيكون ـ في حقِّه ـ إضافة اليمين إلىٰ ما لا يوجد ، فانعدمت[٨] اليمين بوصفه ، وانعقدت[٩] بأصله ، فصارت يمينًا حرامًا فاسدةً مستحقَّةَ النقض[١٠] ؛ كالبيع الفاسد .

---

[١] «أ» «ن» (بها) ، والمثبت من «ص» .
[٢] «ص» (بعد منهما) .
[٣] «ص» (الرفض) .
[٤] «أ» «ن» (للصَّوم) ، والمثبت من «ص» .
[٥] «ص» (وجبت) .
[٦] في حاشية «أ» (الفعل) .
[٧] «ص» (منه) .
[٨] «أ» «ن» (فانعدم) ، والمثبت من «ص» .
[٩] «أ» «ن» (وانعقد) ، والمثبت من «ص» .
[١٠] «أ» «ن» (فصار حرامًا فاسدًا مستحق البعض) ، والمثبت من «ص» .

وكذلك الظِّهار تحريمٌ مشروعٍ، وهو حرامٌ لا تحلُّ مباشرته، وكذلك الإيلاء، ولذلك[١] كان الفيء في المدَّة توبةً، وقد أتممنا شرحها في أصول الفقه.

والجواب عن القياس على النِّكاح قد مرَّ.

وأمَّا عن القياس على الحرِّ وشراء الخمر: أمَّا الحرُّ فليس بمالٍ، والبيع لا ينعقد إلَّا على مال[٢]، وأمَّا الخمر فقد نُهينا عن تموُّل عينها، والشِّراء تموُّل.

ألا ترى أنَّ مستهلك عينها لا يضمن، ولا قيمة نفسها[٣]، وكلامنا في مبيعٍ قابلٍ للتموُّل والتَّملك في نفسه[٤]، وليس الشِّراء بالخمر كالشِّراء بالدَّم؛ لأنَّ الدَّم ليس بمالٍ، ولا مملوكٍ أيضًا[٥]، والخمر مال عندنا، ولها قيمة عند أهل الذِّمَّة؛ إلَّا أنَّ الشَّرع أبطلها في حقِّ المسلمين؛ لئلَّا يتموَّلها المسلمون، لا أنَّه لا قيمة لها في نفسها.

كما[٦] أبطل قيمة الجودة بانفرادها من المكيل والموزون على ما نذكر مع كونها متقومة في نفسها، فصلحت لانعقاد البيع بها؛ لأنَّ صحَّة الانعقاد تتمُّ من غير تملُّكها[٧]، وتمولها في ملكها.

وإنَّما قلنا: يتم بلا تملُّك الخمر، فإنَّ أحد بدلي العقد إذا استحقَّ ـ ولم

[١] في «ن» وحاشية «أ» (ولهذا).
[٢] «ص» زيادة (على ما مر).
[٣] «ص» (لعينها).
[٤] «ص» زيادة (والشراء تمول لعينها).
[٥] في حاشية «أ» (أصلا).
[٦] زاد في حاشية «أ» (أن الشَّرع أبطل).
[٧] «ن» (ملكها).

يجزه[١] المستحقُّ ـ بقي البيع عندنا في الآخر منعقدًا، وبقي الملك لصاحبه؛ لكن فاسدًا، فكذلك بالخمر ينعقد فاسدًا بها، فلا يقع به تموُّل الخمر، وهي فيما وراء التموُّل مال متقوَّمٌ للمسلمين.

ثمَّ إنَّا نقول: إنَّ الخمر مالٌ[٢]، وإنها متقوَّمةٌ في نفسها عندنا؛ مذهب نذكره لئلا ينتقض علينا قولنا ـ في البيع بدم ـ: إنَّه لم ينعقد؛ لأنَّه ليس بمالٍ كالحرِّ، والدَّفع يكون بالمذهب، ولم يكن ذكر هذا المذهب من أشكال بيع الفاسد[٣]؛ بل هو من أشكال مالٍ هو حرامٌ.

❁ فإن قيل: يجب تحقيقَكم[٤] فسادٌ عظيم، لأنَّ البيع اسم لمبادلة مالٍ بمالٍ شرطًا، ولا ينعقد بدونه بالإجماع، فإذا لم يجب الملك في الثَّاني بما تبادلا صارت المبادلة بالقبض غير ما ذكرنا، فانعدمت الأولىٰ، والقبض ـ علىٰ جهة البيع بنفسه ـ لا يوجب الملك؛ كالقبض[٥] بسوم البيع.

❁ قلنا: إنَّ العقد الصَّحيح يقع مضمونًا بالقيمة، وكذلك القبض بحقِّ العقد الصَّحيح، حتَّىٰ إذا اشترىٰ شيئًا ـ هو عنده ـ كان مضمونًا عليه بالقيمة[٦]، أو عينه؛ كالمغصوب لم يحتج إلىٰ قبضٍ جديدٍ، وإذا كان أمانةً أو مضمونًا بغيره ـ كالرَّهن ـ احتيج[٧] إلىٰ قبضٍ جديدٍ للشِّراء، حتَّىٰ يكون الهلاك عليه، ويتمُّ

---

[١] «ص» (ولم يحرم).

[٢] زاد في حاشية «أ (عندنا).

[٣] «ص» (من أشكاله بيع فاسد حرام).

[٤] «ص» (ما يحققه).

[٥] «ص» (كالمقبوض).

[٦] «ص» (بالقبض).

[٧] في حاشية «أ» (احتاج).

العقد به إلَّا أنَّ ضمان القيمة لا يظهر لقيام المشروط منهما بتراضيهما مقام ذلك.

ولهذا نقول: المقبوض بسوم الشِّراء مضمون بالقيمة، وهو ضمان عقدٍ عندنا؛ لأنَّ الثَّمن بعد لم يثبت، فلم يسقط الضَّمان الأصلي.

وكذلك إذا اشترىٰ شيئًا علىٰ أنَّ البائع بالخيار، وقبض= كان مضمونًا عليه بالقيمة؛ لأنَّ الثَّمن بعدُ لم يقم مقام القيمة لمعنىٰ الخيار، وههنا بسبب الفساد[١] لم يجب الثَّمن[٢] بنفس الشَّرط، فلم يسقط الضَّمان الأصلي، فوجبت القيمة متىٰ تمَّ العقد بالقبض، ووقع الملك بالضَّمان الذي يوجب العقد متىٰ انعقد البيع، ولم يكن غيره.

وأمَّا قوله: الفساد[٣] معنىٰ منع عن إيجاب الملك، فلا كذلك؛ بل الفساد يضعف السَّبب، فالتحق بالهبة والتَّبرُّعات، وسبب الملك إذا ضعف لم ينهض[٤] لإيجاب الملك إلَّا بأن يتقوَّىٰ بالقبض ـ كالهبة ـ، فكان انعدام الملك قبل القبض لقصور السَّبب في نفسه، لا لمانعٍ كما في الهبة.

والجواب عن الأخير: أنَّ هذا القبض حرامٌ، واجبُ الرَّفض[٥]، مضمون الرَّد؛ فأشبه الغصب، ومن حيث إنَّه تتميم[٦] لسبب الملك أشبه قبض الهبة.

فقلنا: إنَّه يعتبر بقبض الهبة في حقِّ الملك، وجواز التَّصرف، ويعتبر

---

[١] «أ» «ن» (وههنا بالفساد)، والمثبت من «ص».

[٢] «ن»، وحاشية «أ» (القيمة).

[٣] في حاشية «أ» (لم يمنع البيع)، وفي «ص» (إن الفساد يمنع البيع).

[٤] «ص» (ينتهض).

[٥] «ص» (النقض).

[٦] في حاشية «أ» (تتمم).

بالغصب[١] في حقِّ الردِّ والضَّمان ؛ توفيرًا على الشَّبهين حظَّهما[٢].

أو نقول: لفساد وصفه يعتبر بالغصب ، ولثبوت أصله يعتبر بالبيع الصَّحيح ، فثبت أنَّ الفاسد بيعٌ مشروعٌ بأصله ، وأنَّه أنواعٌ على ما مرَّ ، والله أعلم.

[١] «ص» وحاشية «أ» (بقبض الغصب).

[٢] «أ» «ن» (حظه) ، والمثبت من «ص».

فَصْــل

ما يفسد لمعنى في المحلِّ مع قيام الماليَّة

/٩٣٧/ [مسألةٌ][١][٢]: بيع كلِّ مكيلٍ أو موزونٍ بجنسه ربًا حرام ما لم يتساويا كيلًا فيما يُكال، ووزنًا فيما يوزن، وكانا عينًا بعينٍ.

وقال الشَّافعي: بيع كلِّ مطعوم بجنسه، أو ثمن بجنسه حرام ربًا؛ ما لم يكونا سواء بالمعيار الشَّرعي[٣] الذي جُعل قدرًا[٤] له، ثمَّ قُبضا بقبضٍ في المجلس(٥).

واحتج بما رُوي[٦] عن النَّبي ﷺ: «أنَّه نهىٰ عن بيع الطَّعام بالطَّعام إلا سواءً بسواءٍ»(٧)، ولم يفصل بين القليل والكثير، وما يكال وما لا يكال.

إلَّا أنا زدنا عليه الجنس بقوله ﷺ: «إذ اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يدًا بيد»(٨)، وروي عنه: «لا تبيعوا البر بالبر إلا سواء بسواء»(٩)، ولم يفصِّل بين القليل الذي لا يكال والكثير الذي يكال.

---

[١] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».

[٢] «ص» زيادة (قال علماؤنا).

[٣] «ص» (ما لم يكونا سواء بسواء في العيار).

[٤] «ص» (قفيزا).

(٥) انظر: «الأم» للشافعي (١٥/٣)، و«الحاوي الكبير» (٨١/٥).

[٦] في حاشية «أ» (معمر بن عبد الله).

(٧) سيأتي تخريجه.

(٨) سيأتي تخريجه.

(٩) سيأتي تخريجه.

ولأنَّ النَّبي ﷺ أضاف التحريم إلى البرِّ بالبرِّ، فمن أضافه[١] إلى كونه مكيلا فقد أضاف إلى صفةٍ زائدةٍ على النَّص، فيجري مجرى النَّسخ على أصولكم.

ولأنَّ النَّبي ﷺ جعل الحرمة أصلًا في البر بالبر بقوله: «لا تبيعوا [البرَّ بالبرِّ][٢]» والجوازَ عارضًا بعارض صفة، وهي[٣] المساواة كيلًا، فالمراد بالمساواة مساواةٌ في الكيل بالإجماع.

ولا معنى لقولكم: إنَّ الاستثناء يكون من جنس المستثنى منه، فإنَّه استثنى المكيل فعلم أنَّ المستثنى منه مكيل، هذا غير لازم؛ لأنَّ المستثنى منه: البرُّ بالبرِّ، وكذلك المستثنى هو: البرُّ بالبرِّ، فكان الجنس واحدًا؛ إلَّا أنَّه قال: إنَّه حرامٌ بيع البر بالبر إلَّا أن يوجد المَخْلَصُ، وهو التساوي بمعياره، فكان المستثنى بيع برٍّ ببرٍّ حال التساوي، والمستثنى منه بيع برٍّ ببرٍّ حال عدم التساوي.

لا أن يقال: المستثنى[٤] مكيلٌ، فإنَّ بيع المكيل منه بجنسه حرامٌ كذلك ما لم يتساويا، فعلمت أنَّ المستثنى[٥] بيع بر ببر يتساويا[٦]؛ إلَّا أنَّ التَّساوي إنَّما يعرف بالمعيار؛ لا بما ساواه[٧] في المقدار.

---

[١] «أ» «ن» (أضاف)، والمثبت من «ص».

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٣] «أ» «ن» (وهو)، والمثبت من «ص».

[٤] في «ص» وحاشية «أ» زيادة (منه).

[٥] «ص» زيادة (منه).

[٦] «ص» (تساويا).

[٧] «ص» (لأن ما سواه).

وقال ﷺ: «الحنطة بالحنطة مثل بمثل يد بيد»(١) الباء للمبادلة ؛ أي: بيع الحنطة بالحنطة مثلٌ بمثل[٢] تفسير له ، أي: إنَّما يكون بيعًا إذا بودلت الحنطة بالحنطة إذا كان مثلا بمثل ، فأمَّا إذا جاء الفضل فيكون ربًا ؛ لا بيعًا ، يشير إلىٰ قوله: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥] .

وروي: «مثلا بمثل» أي: أنَّه بيع في حال المماثلة ، فيكون نصبًا علىٰ الحال ، والحال شرطٌ ، فثبت أنه علىٰ الروايتين [جميعًا][٣] إخبار عن جواز بيع الحنطة بالحنطة بشرط المماثلة واليد باليد ، والمعلَّق بالشَّرط يوجد عند وجوده ، ويعدم عند عدمه ، أو يمنع وجود المعلَّق به قبله ، وإذا لم يوجد قبل الشَّرط الجوازُ صارت[٤] الحرمة أصلًا ، والجواز بشرطٍ زائدٍ ؛ كالحديث الأوَّل ، وصارت الحرمة مع اسم الحنطة بجنسها ، والجواز مع صفة الكيل[٥] .

وإذا صار الربا أصلًا ، والبيع الحلال عارضًا بشرط المماثلة والتقابض= عُلم أنَّ الربا الذي يختلف [فيه][٦] عبارة عن البيع الحرام ؛ كما قال الله تعالىٰ: ﴿وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ ، ولم يرد منه الفضل بعينه ، فإنَّه حلالٌ كسبه[٧] بالبيوع .

ولأنَّ آية الربا مجملة ، ومتىٰ أريد به الفضل ـ علىٰ ما عليه اللغة ـ لم تكن

---

(١) سيأتي تخريجه .

[٢] في حاشية «أ» (يد بيد) .

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من «ص» .

[٤] «ص» (قبل الشرط جازت الحرمة) .

[٥] «ص» (المكيل) .

[٦] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من «ص» وحاشية «أ» (فيه) .

[٧] «ص» (يشبه) .

مجملة ، وإنَّما يصير مجملا لا يُعرف إذا أريد به غير ما تدلُّ عليه اللغة ، وهو ما حرَّم من أنواع البيوع.

ولهذا قال عمر رضي الله عنه: (توفي رسول الله ﷺ ولم يبين لنا أبوابها) ؛ فقوله: «لا تبيعوا» إثبات للربا ، وقوله: «إلا سواء بسواء» إثبات للبيع ، وقوله: «الحنطة بالحنطة مثل بمثل» إثبات للبيع ، وقوله: «والفضل ربا» إثبات للربا.

وتأويله عندنا: والبيع مع الفضل ربًا ، ولكن النَّبي ﷺ عبَّر عن البيع الحرام الذي هو ربًا بالفضل ؛ لأن المماثلة تزول به ، وعند زوال المماثلة: بيعُ الحنطة بالحنطة ربًا ، فكان الفضل سببًا لصيرورته ربًا ، فسمَّاه باسم سببه.

أو نقول: الربا ـ أعني البيع الحرام ـ يثبت بأسباب مختلفة منها: فضل المطعوم إذا بيع بجنسه على الآخر بذاته ، أو فضل الثَّمن إذا قوبل بجنسه على الآخر بذاته ، فذلك الفضل ربًا ؛ أي حرام ، ومتى شُرط في البيع حرُم البيع كله ؛ كما إذا شُرط فيه رطلُ خمرٍ أو دمٍ.

وهذا الفضل[١] الذي قلناه أصل من المطعوم أو الثَّمن إذا قوبل بجنسه مجازفة ؛ لأنَّه لا بد من أدنى تفاوت[٢] بينهما يكون في أجزاء الذات ، ولن تقع المساواة إلَّا نادرًا ، والنَّادر لا حكم له ، فصار ربًا في أصله لقيام الفضل الذي هو ربا في أصل المقابلة ، وجعل الشَّرع مَخلَصًا عن هذا الحرام بالتساوي في المعيار ؛ لإقامة الشَّرع التساوي في المعيار مقام التساوي في الذات في التحليل تيسيرًا علينا ، فسقط اعتبار فضل الذات ، وإن وجد مع الكيل شرعًا لقيام المكيال

[١] «ن» (الفصل).

[٢] «ص» (تفاضل).

مقامه بالشَّرع، وبقي الفضل معتبرًا عند عدم الكيل على حقيقته لعدم ما يلغيه[١] من دليل شرعي، وسقوطُ الحقيقة لدليل شرعي في حكمه[٢] لا يدلُّ على سقوطه في حكمٍ آخر بغير دليلٍ فيه.

وصار كأنَّ النَّبي ﷺ قال: «الفضل في ذات أحدهما ربًا ما لم يسقط اعتباره بالتساوي كيلا»، ولو قال كذلك استقام الإثبات على ما قال، فكذا الآن بدلالات النُّصوص عليه، فثبت أنَّ الربا عنده ـ فيما يتنازع فيه ـ فضل ذات أحدهما على الآخر.

وإن قلنا: فضل في قدر الكيل= صحَّ؛ لأنَّ الأكبر[٣] يأخذ قدرًا من الكيل أكبر لا محالة، وإن البيع لا يجوز ما لم يزل هذا الفضل، وزواله بالتساوي في المعيار الثابت بقدر دليله، فلحرمة الفضل وجب التساوي كيلًا ليزول به الفضل الحرام، وبعد زوال الفضل لا يجوز عنده إلَّا بشرط آخر: يد بيد، وكذلك شرط اليد باليد ـ وإن اختلف الجنس ـ وحلَّ التفاضل، فصار اليد باليد عنده آكد من السواء بالسواء.

قال: وعلَّة هذه الحرمة ـ أي: حرمة البيع ـ[٤] إلَّا بهذين الشَّرطين: الطعم والجنس، شرط[٥] لا تعمل العلَّة عملها إلَّا معه، والكيل أو الوزن ليسا من العلَّة في شيء، وإنَّما اعتبر هذان الوصفان لإثبات المخلص بهما.

---

[١] «أ» «ن» (يلقيه)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ» (يلغيه).

[٢] «أ» «ن» (حكم)، والمثبت من «ص».

[٣] في حاشية «أ» (الأكثر).

[٤] «ص» (أن حرمة البيع لا تظهر).

[٥] «ص» (الطعم وأما الجنس فشرط). لعل العبارة (... الطعم والجنس، فأما الجنس فشرط...).

والجواز والفساد دارا مع المساواة كيلًا وعدمِها، لأنَّ المساواة مَخْلَص عن الحرمة الثابتة بالطعم أو الثَّمنية، فإذا جاء المَخْلَص حلَّ بالمخلص، وإذا عدم حرم بالعلَّة المحرِّمة؛ ولأنَّ المساواة شرط الجواز، والحكم يدور مع الشَّرط وجودًا وعدمًا؛ كما يدور مع العلَّة، فلا دليل لكم في الدوران، ولا لنا.

فنحتاج الآن إلى إثبات أنَّ الطعم أو الثَّمنية علة لتحريم البيع بسبب الفضل، وإنَّ الجنس شرط، وليس بعلة، وإنَّ الكيل أو الوزن ليس بعلة، فإنَّ ثبوت الطعم علَّة لا يبقى أن يكون غيره علَّة؛ لجواز أن يكون الأصل معلولا بعلتين: إحداهما تتعدى إلى فروع، والأخرى إلى فروع غيرها.

ألا ترى أنَّ الشَّرع لو ورد بهما فقال: «البرُّ بالبرِّ حرام؛ لأنَّه مكيل قوبل بجنسه، ولأنَّه مطعوم قوبل بجنسه» = كان صحيحًا، ولم يكن تناقضًا، فحدُّ المتنافييْن[١]: ما لا يجوز الجمع بينهما[٢]، ولا بوجه آخر.

فالدليل على أنَّ الطعم علة: أن النَّهي ورد بلفظ الطعام بالطعام، والطعام اسم مشتق من «طَعِمَ»، والحكم متى عُلِّق باسم مشتق كان موضع الاشتقاق علَّة لإثباته ظاهرًا؛ كقوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨][٣] ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِاْئَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور: ٢] فدل أن وجوبها بالسرقة والزنا؛ لأنَّ الاسم مشتق منهما.

ولا معنى لقولكم: إنَّ الطعام قول الراوي؛ لأنَّ قوله: «نهى [رسول الله

[١] «أ» «ن» (والمتنافيان حدَّه)، والمثبت من «ص». في حاشية «أ» تعليق توضيحي: (المناسب: «حدهما» على ما لا يخفى).

[٢] في «ص» وحاشية «أ» زيادة (نصا).

[٣] زاد في «أ» (و).

ﷺ][1] عن كذا» قولُه، لا قول النَّبي ﷺ؛ لأنَّ قول الراوي يجب حمله على موافقة قول النَّبي ﷺ ما أمكن؛ لأنَّ المحافظة على اللفظ أولى من النقل بالمعنى، فنجعل كأنَّه سمع رسول الله ﷺ يقول: «نهيتكم عن بيع الطعام بالطعام [إلا سواءً بسواءٍ][2]» أو سمع[3] يقول: «لا تبيعوا الطعام بالطعام إلا سواء بسواء».

ولأنَّ النص حرَّم البيع بينهما[4] ـ أعني: الثَّمن والمطعوم ـ إلا بزيادة شرطين: المساواة، والقبض بالقبض، فدلَّ المنع إلا بزيادة شرط على أن الموجب لذلك وصفٌ في المحلِّ يدلُّ على زيادة خطر حتَّى وجب لتناوله زيادة أمر.

ألا ترى أن النِّكاح لما اختص جوازه[5] بزيادة شرط[6] من بين نظائره من المعاملات ـ وهو الشُّهود والولي ـ دلَّ على وصف في الأصل له زيادة خطر، وهو نفس الآدمي، فإن المستحق به في الحكم نفس المرأة على ما بيَّنَّا في النِّكاح، وللنفس زيادة حرمة ليست للمال[7]، فكذا ههنا.

ولأن الشَّرط الآخر ـ وهو اليد باليد ـ شرط فيه صيانة لذلك الشيء؛ لأنَّ الأشياء تصان بالأيدي، والصيانة إنَّما تجب على الاختصاص لزيادة حرمة ذلك

---

[1] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[2] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[3] «ص» (سمعته).

[4] «ص» (فيهما).

[5] «ص» (وجوبه).

[6] «ص» (شروط).

[7] «ص» (للمحل).

الشيء؛ وذلك بكونه مطعومًا أو ثمنًا؛ لأن الأموال كلها تقوَّم أموالا ما دامت لها أثمان، فصارت الثَّمنية عبارة عن وصف به تحييٰ[١] الأموال، والطعم عبارة عن معنىٰ به تحييٰ[٢] النفوس، فإنا لا نبقىٰ بلا طعم[٣]، وقد نبقىٰ بلا لبسٍ، ومسكنٍ، ومركبٍ، ونحوها، فصار لها[٤] زيادة خطر حيث تعلق بها حياة الأموال والنفوس جميعًا، دون غيرهما.

ولأنَّ النَّبي ﷺ ذكر من المطعومات أربعة أنواع هي أصولٌ في باب الطعم؛ ليدل علىٰ أنَّ العلَّة هي الطعم، حتَّىٰ أدار الحكم علىٰ أصولها.

وبيان ذلك: أنَّه ذكر الحنطة، والشعير، والتمر، والملح. والحنطة أصل لطعم بني آدم، والشعير أصل لطعم الدواب وحياتها فيه به، والتمر أصل للطعم تفكُّهًا وإيدامًا، والملح أصل لتطييب الأطعمة، وأدار الربا في النَّوع[٥] الآخر علىٰ جميع ما هو ثمن.

ومتىٰ جعل الحكم متعلِّقًا بالكيل لم يكن ما ذكر من الأشياء إلا تكرارا محضًا في حق الكيل؛ لأن معنىٰ الكيل فيها لا يتنوع كما يتنوع الطعم، فيكون ذكرها لبيان استيفاء الأنواع في حقِّ أصول الأنواع؛ كما استوفىٰ أنواع الثَّمن، ليكون دلالة علىٰ علة تعمُّ ما عمَّه[٦] النص بالإشارة.

---

[١] «أ» (يجيء)، ولم تضبط في «ن»، والمثبت من «ص».
[٢] «أ» (يجيء)، ولم تضبط في «ن»، والمثبت من «ص».
[٣] «ص» زيادة (علىٰ ما أجرىٰ الله تعالىٰ العادة فينا).
[٤] «أ» «ن» (لها)، والمثبت من «ن».
[٥] «ص» (البيوع).
[٦] «أ» «ن» (عمها)، والمثبت من «ص».

ولهذا قال مالك: الاقتيات والادخار هو العلَّة(١) ؛ لأن النَّبي ﷺ خصَّ بالذكر كلَّ مقتاتٍ مدَّخرٍ من الأطعمة.

ولأن النَّبي ﷺ أثبت الحرمة مع اسم البر بالبر، ولا يوجد مع الاسم من العلَّة إلا الطعم؛ إلا أنا شرطنا الجنس لعمل العلَّة معه؛ لأن الفضل لا يكون ربًا إذا اختلف[٢] الجنس بالنص والإجماع، ولم يجز أن يكون الجنس علَّة؛ لأنه لا يشير إلىٰ زيادة حرمة لمحلِّه، فما من شيء عزَّ أو هان إلا وله جنس، فجعلناه شرطًا لا علَّة.

فإن الحكم كما ينعدم بانعدام العلَّة ينعدم بانعدام شرط العلَّة، وإنما يظهر الفرق بينهما بالتأثير وعدمه، والأثر[٣] للطعم لما فيه من زيادة حرمة وخطر، وما للجنس هذا الأثر.

ولا معنىٰ لقولكم: إن الشَّرع ما أثبت الربا إلا مقرونًا بالمخلص[٤] عنه بالمساواة، فينبغي أن تكون العلَّة ما يوجب الحرمة في محالٍّ قابلة للمَخْلَص بالمساواة، والطعم يثبت الحرمة حيث لا مَخْلَص له؛ كالخيار، والبطيخ، والتفاحة، ونحوها؛ لأن الحلال بيعٌ آخر غير الحرام؛ لأن الحلال مستثنىٰ، والحرام مستثنىٰ منه، والمستثنىٰ غير المستثنىٰ منه أبدًا.

كقولك: «لفلان علىٰ ألف درهم إلا درهم»، يكون المستثنىٰ غير داخل

---

(١) انظر: «الإشراف علىٰ نكت مسائل الخلاف» (٢/٥٢٨)، و«الكافي في فقه أهل المدينة» (٢/٦٤٦).

[٢] «أ» «ن» (اختلفت)، والمثبت من «ص».

[٣] «ص» (التأثير).

[٤] كلمة غير واضحة في حاشية «أ».

تحت الإقرار؛ ولكن يكون من الدراهم، فكذا ههنا يكون المستثنىٰ من البيع، ولكن يكون غير الحلال؛ فيثبتان أيضًا بعلتين: الحرمة بالطعم، والحل بمكيل جنس، فجعل رسول الله ﷺ بيع المطعوم بجنسه نوعين: ما تساويا بالمعيار، فجعله بيعًا حلالًا، وما عدِم التساوي فيه، فجعله ربًا.

وإنه كقول القائل: «كلُّ حظٍّ كُسِب في الدنيا يزول إلا ثواب الآخرة». فهذا يدل علىٰ أن ثواب الآخرة من[١] مكسوب الدنيا كالأموال، لا أن يكون الثواب قائمًا في المستثنىٰ منه[٢].

ألا ترىٰ أنَّ الحنطة المقلية بالمقلية[٣] وبغيرها ربًا، ولا مخلص له.

ومثاله: قول الله تعالىٰ: ﴿حُرِّمَتۡ عَلَيۡكُمُ ٱلۡمَيۡتَةُ وَٱلدَّمُ ... ـ إلىٰ قوله ـ... إِلَّا مَا ذَكَّيۡتُمۡ﴾ [المائدة: ٣] فكانت[٤] التذكية محلِّلة، وما ذكر محرَّمًا، ثمَّ لم يجب أن يكون الاستثناء المحلِّل منصرفًا[٥] إلىٰ جميع ما ذكر؛ بل انصرف إلىٰ ما يقبله، دون ما لا يقبله.

لأنَّ قوله: «إلا سواء بسواء» استثناءٌ مقطوعٌ؛ لأنَّ الحنطة بالحنطة لا توجد[٦] سواء بسواء في نفسها لتستثنىٰ[٧] من نفسها المساواة، وإنَّما يثبت

[١] «أ» «ن» (هي)، والمثبت من «ص».
[٢] زاد في حاشية «أ» (فكذا الحل هاهنا لا يجب أن يكون في المستثنىٰ منه).
[٣] «ص» (المقلوة بالمقلوة).
[٤] «ن» (فكان).
[٥] «ن» (متصرفا).
[٦] «ص» (يوجب).
[٧] «أ» (ليستثني).

التساوي بفعلٍ منَّا، فيصير كأنَّه قال: «حرامٌ عليكم بيع الطعام بجنسه، فإن جعلتموه كيلا بكيل حلَّ»، فيكون كلامًا مبتدأً مقطوعًا عن الأوَّل، فينصرف إلىٰ ما يقبله دون ما لا يقبله؛ كقوله تعالىٰ: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ فعلٌ، فلا يكون مستثنىٰ من[١] الاسم؛ بل يصير كلامًا مبتدأً: «فإن ذكيتم حلَّ». فينصرف إلىٰ ما يقبل الذكاة، دون ما لا يقبلها[٢] من الميتة والدم.

وكذلك قوله تعالىٰ: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّآ أَن يَعْفُونَ﴾ [البقرة: ٢٣٧] هو بمعنىٰ[٣]: «فإن عفون» فينصرف إلىٰ من يصح منه العفو من[٤] العاقلات البالغات، والتنصف[٥] بالطَّلاق حكم ثابت بالطَّلاق قبل الدخول ـ غير هذا ـ فيعمُّ الكلَّ، فثبت أنَّهما حكمان علىٰ الحقيقة بنصي[٦] الحرمةِ مع الطعم، والحلِّ مع صفة الكيل إذا تساويا.

وإذا ثبت هذا تبين فساد عليكم؛ لأنكم جعلتم صفة الكيل للتحريم، والشَّرع جعلها للحلِّ؛ ولأنَّكم إذا علَّقتم[٧] بالكيل خصَّصتم النص الذي عللتموه، فأخرجتم القليل منه، وتعليل النَّص لتعدية حكمه إلىٰ غيره إن أمكن، لا لتخصيص نصِّه به، ومتىٰ أوجبت التخصيص بطلت.

ولأنه لا يشير إلىٰ معنىٰ له زيادة حرمة وخطر، فإنَّ الجص يكال، وإنَّه شيء

---

[١] «أ» «ن» (عن)، والمثبت من «ص».
[٢] «أ» «ن» (يقبله)، والمثبت من «ص».
[٣] في حاشية «أ» زيادة (قوله).
[٤] في حاشية «أ» (الحرائر).
[٥] «ص» (والتنصيف).
[٦] «ص» (بتنصيص).
[٧] «ص» (عللتم).

هيِّنٌ لا يتعلَّق به قوام نفسٍ[١]، ولا مال؛ إذ هو لتزيين البناء.

ولأنَّ النَّص علَّق الحرمة باسم البر بالبر، والكيل تعلقه بوصف زائد عليه، فيكون رفعًا للحكم عما ورد النص به أصلًا.

فثبت أنَّ المدار على معرفة [الحكم][٢]، وهو الربا أنَّه ما هو؟ فصار الحكم في هذه النُّصوص ـ على ما حقَّقنا ـ حكمين: حرمة البيع، وهي متعلِّقة باسم الطعام والحنطة لفضل ذات أحدهما على الآخر عند المجازفة في الأغلب؛ كما يحرم عندكم في المكيل يقابل بجنسه مجازفة لوجود الفضل في الأغلب. والجواز إذا تساويا، وإنَّه متعلق بكونه مكيلا، أو موزونًا، فيكون حاصلا في بعض ما حرَّم البيع فيه، وعارضًا على الوصف المحرم.

والحجة لعلمائنا من طريق الظاهر: ما روى مالك بن أنس ومحمد بن إسحاق الحنظلي الحديث الذي رواه محمد بن الحسن: «الحنطة بالحنطة مثل بمثل[٣]...»، ورويا في آخره: «وكذلك[٤] ما يكال أو يوزن». أثبت الربا في المكيلات والموزونات من غير تخصيص.

وعن ابن عمر عن النَّبي ﷺ: «لا يجوز بيع الدِّرهم بالدِّرهمين ولا الصَّاع بالصَّاعين»، وعين الصاع لا ربا فيه، فثبت أنَّ المراد به ما يكال فيه، وكذا يقال في العرف[٥] ـ في هبة الطعام ـ: «خذ هذا القفيز»، أي: ما فيه. «ووهبتُ لفلان

---

[١] «أ» «ن» (النفس)، والمثبت من «ص».

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٣] في حاشية «أ» زيادة (يد بيد والفضل ربا).

[٤] في حاشية «أ» زيادة (كل).

[٥] «أ» «ن» (العرب)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

أقفزةً»، أي: من الطعام.

وروي أن عامل خيبر أتى رسولَ الله ﷺ بتمر جيد، فقال له رسول الله ﷺ: «أوَ كلُّ تمر خيبر هكذا» فقال: لا، ولكن أعطيت صاعين، وأخذت صاعًا. فقال: رسول الله ﷺ: «أربيت». فقال له: إن سِعْرَ هذا في السوق كذا، وسعر هذا كذا. فقال له: «أربيت؛ ألا بعت تمرك بدراهم ـ أو قال: بسلعة ـ، ثم اشتريت بها تمرًا آخر»(١). ثم قال: «وكذلك الميزان». وعين الميزان لا ربا فيه. فعُلم[٢] أن المراد به ما يوزن.

وعن عمار بن ياسر رضي الله عنه: «لا بأس ببيع العبد بالعبدين، والفرس بالفرسين، والنجيبة بالنجيبتين، إنما الربا في النسيئة إلا[٣] ما كيل أو وزن»، فاستثنى المكيل والموزون عما يحلُّ، فثبت أنه للتحريم.

وأما الاحتجاج من طريق الاستدلال بمقتضى النُّصوص فأنْ[٤] نقول: بأن قوله ﷺ: «الحنطة بالحنطة» بمنزلة قوله: «الحنطة المكيلة بالحنطة المكيلة»؛ وذلك لأنَّه إخبارٌ عن بيع أحدهما بالأخرى[٥]، والبيع لا يجري باسم الحنطة؛ لأنَّ الاسم يحصل بالحبَّة، وهي ممَّا لا يبيعها أحد، ولو باعها أحد لم يصحَّ؛ لأنَّ البيع لا يجوز إلا لما له قيمة في الأسواق، ولا قيمة للحبَّة في الأسواق.

ولو أتلف رجل على آخر حبَّة حنطة لم يضمن، ولم يسمع القاضي الدعوى

---

(١) سيأتي تخريجه.

[٢] «أ» «ن» (فعلمت)، والمثبت من «ص».

[٣] «أ» «ن» (إلى)، والمثبت من «ص».

[٤] في حاشية «أ» (بأن).

[٥] «أ» «ن» (بالآخر)، والمثبت من «ص».

فيها؛ كقطرة ماء، وحفنة تراب، ونحوها مما لا يتموَّله النَّاس، ولا يصونونه لتفاهته[١] عندهم، ويوجد ملقًى على الطرق لا يُقصد بالرفع رغبة في ماليَّته.

وإنما تثبت للحنطة قيمةً إذا اجتمعت حبَّاتٌ، فيحتاج إلى معرفة ذلك القدر الذي يصير به متمولًا ومتقوَّمًا، ويجري فيه البيع عرفًا، ويجوز شرعًا، وما لها مقدار فاضلٌ من حيث عدد[٢] الحبَّات في أنفسها؛ لأنَّها لا تباع بالأعداد، ولا يُعرف قدر ماليَّتها بها، إنما تباع بالمكاييل، وبها يذكر قدر ماليتها.

فيصير القدر الذي يدخل تحت الكيل مذكورًا مع بيع الحنطة اقتضاءً؛ ليكون بيعًا جاريًا بين الناس، جائزًا شرعًا، فمحلُّ البيع شرعًا مال متقوم، وتقوُّمه بقدر زائد على اسم الحنطة، وما له قدر في نفسه عرفًا ولا شرعًا، وإنما قدره بمعياره من القفيز والصاع والمدِّ.

ولأنَّه ﷺ وصف الحنطة بالحنطة بأنها: «مثل بمثل»، ولا يتصف بالمماثلة ما لم يبلغ كيلًا بكيل، ولأنه ﷺ قال: «كيل بكيل»، وكذلك الذَّهب والفضَّة، لأن الاسم قائم[٣] بالذات التي لا تدخل تحت الوزن، ولا قيمة لها حتَّى تبلغ قدرًا له معيار من حبة للفضة، أو شعيرة للذهب.

وإذا كان كذلك صار كأنَّه قال: «الحنطة ـ التي تدخل تحت المعيار ـ بالحنطة مثلٌ بمثلٍ، والفضَّة ـ التي تدخل تحت المعيار ـ [بالفضَّة][٤] مثلٌ

---

[١] «أ» «ن» (يتمولها الناس ولا يصونونها لتفاهتها)، والمثبت من «ص».

[٢] «ص» (عن عدد).

[٣] «ص» (ما ثم).

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

بمثلٍ» ؛ كأنه قال: «الحنطة المكيلة ، والفضَّة الموزونة» . ولو قال هكذا لوجب تعليق الحكم بكونها مكيلة أو موزونة ؛ لا باسم العلم[١] ، لأنَّ الوصف من اسم العلم يجري مجرىٰ العلَّة من النَّص ؛ كقوله ﷺ: «في خمسٍ من الإبل السَّائمة صدقةٌ»(٢) .

ولأنه بيَّن أنَّ الحرمة أصلٌ في الحنطة المكيلة بجنسها ، لا في الحنطة باسمها ، وثبت أن قولنا: «مكيلة» قائم مقام قولنا: «متقومة» ، وبحيث يجوز بيعها ، فسقط اعتبار حقيقة الاسم [به][٣] لتجويز البيع ، ويجب الإجراء مع الوصف كما هو الأصل في أسباب العلل إذا قامت مقامها لدليل ، علىٰ ما بينا في غير موضع .

وكذلك ما روي عن النبي[٤] ﷺ: «أنه نهىٰ عن بيع الطعام بالطعام» ؛ لأن الطعام ـ مقرونًا بالشِّراء ـ لا يراد به إلا الحنطة ، ودقيقها .

[وكذلك][٥] قالوا ـ فيمن حلف: لا يشتري طعامًا ـ: إنه لا يحنث إذا اشترىٰ الشعير ، أو غير الحنطة ودقيقها[٦] . وسوق الطعام ـ عندهم ـ: اسم لسوق

[١] في حاشية «أ» زيادة (فكذلك هذا ؛ لأن الاسم علم ، والوصف من اسم) .

(٢) لم أقف عليه بهذا اللفظ إلا عند الحاكم في «المستدرك» (١٤٤٧) في حديث كتاب الفرائض والسنن والديات ـ الذي بعث به النبي ﷺ إلىٰ أهل اليمن مع عمرو بن حزم ـ ، وفيه: «... وفي كل خمس من الإبل السائمة شاة إلىٰ أن تبلغ أربعا وعشرين ...» .

وحديث عمرو بن حزم رواه عبد الرزاق (٦٧٩٣) ، ومالك في «الموطإ» (١٢٤٣/٥ ، رقم: ٦٤٩) ، والنسائي (٤٨٦٨) ، وغيرهم.

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من «ص» .

[٤] «أ» (روي عنه) .

[٥] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من «ص» .

[٦] في حاشية «أ» (وإنما يحنث إذا اشترىٰ الحنطة ودقيقها) .

الحنطة ودقيقها، والآخر يسمى: سوق الشعير وسوق الفواكه، وإنه باب من أبواب اللسان، لا من الفقه في الشريعة.

ولهذا لا يحرم إذا بيع بخلاف جنسه؛ لأن المذكور بيع البر بالبر[١]. وقد ذكرنا أن البيع يقتضي مقدارًا يصير به مالًا متقومًا، وذلك بالمعيار، فثبت أن قدر ما يصير مكيلًا مذكورٌ[٢] اقتضاءً في النُّصوص كلها، وتبين أنْ[٣] لا حرمة بالنَّص فيما لم يكن بحيث يكال، وإن النُّصوص لم تتناولها؛ إلا أن الخصم نظر إلى ظاهرها، دون مقتضاها، ونحن نظرنا إلى مقتضى البيع.

ألا ترى أنَّ من قال: «بعت من فلان شيئًا» يلزمه أن يبين شيئًا هو مال متقوم بمقتضى البيع، والشيء اسم عامٌّ يتناول المال وغيره.

وإذا حلف: «ليضربن فلانًا»، فمات فلان= حنث [في يمينه][٤]، كأنه[٥] قال: «ليضربن فلانًا، وهو حي»؛ لأنَّ الضرب فعل مؤلمٌ، فلا يُتصوَّر في الأموات، فثبتت صفة الحياة مقتضى به[٦].

وكذلك قوله «إلَّا سواءً بسواء» تفسيره: إلَّا كيلًا بكيل، وهذا يقتضي أن يكون المنهي عنه مكيلًا أيضًا؛ لأنَّ الاستثناء يُخرج بعض ما دخل تحت النَّص؛ كأنَّ القائل لم يتكلم به، فلا يوجب حكمًا مبتدأً؛ بل يعود إلى ما كان قبل النَّص

---

[١] في «ص» وحاشية «أ» (به لا غير، وإنه جنس واحد، فصار كقوله: «لا يبيع البر بالبر»).

[٢] «أ» (مذكورا).

[٣] في حاشية «أ» (أنه).

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٥] في حاشية «أ» (فيصير).

[٦] «ص» (مقتضاة).

ـ على ما عرف في موضعه ـ، فيبقى الحكم بالنَّص واحدًا، وهو ما يوجبه ما بقي بعد الاستثناء، وهو التحريم لا غير؛ لكن إلى غاية الاستثناء، فينعدم عنده لانعدام الموجب ـ كالصَّوم إلى اللَّيل ـ فيصير الحكم حرمة حنطة إلى حين ما يساويها بدلها، ولا يثبت ذلك إلَّا أن يكون كيلًا بنفسها ليجوز إذا ساواها الآخر بكيلها.

وأمَّا الكلام من طريق الفقه، فلا يمكن إلَّا بعد تصوير الحكم؛ فإن النص يعلَّل بحكمه[١]، فلا بد من معرفة الحكم أوَّلًا، وحكم نص الربا وجوب المماثلة شرطًا لجواز العقد، على ما دخل تحت النَّص، ثمَّ صيرورة[٢] الفضل ـ بعدم تلك المماثلة المشروطة ـ ربًا لوجوب[٣] المماثلة شرطًا للجواز؛ لا كما قاله الخصم: إنَّه حرمة فضل الذات، ثمَّ وجوب المماثلة لإزالة الفضل الحرام.

والدليل على صحَّة ما قلناه: ظاهر النص[٤]: «**الحنطة بالحنطة مثلٌ بمثلٍ**» أوجب المماثلة أوَّلًا شرطًا لجواز المذكور من الحنطة المبيعة بالحنطة، ثم قال: «**والفضل ربًا**» بعد إيجاب المماثلة، فثبت أنَّ المماثلة واجبة أصلًا، لا لإزالة حرمة الفضل؛ بل الفضل حرم لوجوب[٥] المماثلة.

ولأنَّ سائر الأموال يجوز بيعها بالبعض متفاضلًا، ولا تجب المماثلة لإزالة مطلق الفضل، فكذا هذا.

---

[١] «ن» (لحكمه).

[٢] «أ»، «ن» (ضرورة)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٣] «أ» «ن» (لوجود)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٤] في حاشية «أ» (قوله).

[٥] «ص» (لوجود).

ولا يلزم بيع ما يُكال ـ كحفنة ـ فإنَّ المماثلة عندنا ثابتةٌ لتحقيق مقابلة المال بالمال على ما نذكره؛ لا لإزالة فضلٍ يحرم.

وكذلك قوله: «لا تبيعوا البرَّ بالبرِّ إلا سواءً بسواءٍ» تحريم إلا بشرط المساواة، فنقول: إنَّ المساواة شرط الجواز فيه، ثمَّ البيع حرم عند عدمها لزوال شرط المماثلة[١]؛ حتى يكون موافقًا للأوَّل.

وإذا ثبت هذا صار الفضل الحرام هو الفضل الثابت بزوال المساواة ـ التي هي شرط الجواز ـ؛ لأنَّه حرم بوجوب تلك المساواة شرطًا للجواز، وإذا صار الحكم شرط المماثلة عُلم أنَّ محلَّ الحكم ما يقبل التماثل، والحنطة لا تقبل التماثل بحباتها؛ بل بمكيالها، فلم تكن مالًا يتماثل بنفسه محلًّا لحكم الربا.

وكذلك الحرام هو الفضل بزوال تلك المساواة، وذلك لا يتصور إلَّا بنقصان أحدهما عن الآخر، أو زيادته عليه من حيث القدر الذي كانت[٢] المساواة فيه شرطًا للجواز، وهي المساواة بقدر المكيال بالإجماع، فالتساوي بوجه آخر لا يكون شرطًا للجواز بالنَّص والإجماع، وإنَّه لا يتصور إلَّا فيما يدخل تحت المعيار.

فيبطل هذا قولهم: «إنَّ الفضل الحرام فضل ذات»؛ ولأنَّه قائمٌ بين المتساويين كيلًا إذا كان أحد البرَّين[٣] مما أكله السوس دون الآخر، أو كان أحدهما مكتنزًا والآخر رخوًا[٤].

---

[١] «ص» (المساواة).

[٢] «أ» «ن» (كان)، والمثبت من «ص».

[٣] «ص» (البدلين).

[٤] لم تضبط في «ص» ولعلها (خاويا).

فإن قال: «يصير عدمًا حكمًا بالتساوي كيلًا» احتاج إلىٰ دلالة، فإنَّ المعدوم حقيقة عدمُ فضلٍ في قدر المكيال مع تفاضل[١] الذات، ومن أراد أن يجعل الحقيقة عدمًا [حكمًا][٢] بدلالة شرعية احتاج إلىٰ إقامتها.

والاستدلال الفقهي: أنْ[٣] نقول: أتسلِّم[٤] أنَّ وجوب المماثلة للجواز هو الحكم الذي ثبت ابتداءً؟ فإن سلَّم تمت المسألة؛ لأنَّ الحكم لا يثبت إلا في محلٍّ قابلٍ [له][٥]، فما لم يكن المال أمثالًا متساويةً لا تجب المماثلة فيه[٦] حكمًا، والحنطة أمثالٌ لا باسمها، ولا حقيقتها[٧]؛ بل بصفة كيلها بلا خلاف؛ لأنَّ الجواز بها لا يثبت ـ بلا خلاف ـ ما لم يكن مكيلا بجنسه.

وإن لم يسلِّموا ـ وهو مذهبهم ـ قلنا: إنَّ الأموال في غير ما نحن فيه ضروب ثلاثة:

※ أموال متفاوتة في جنسها؛ كالحيوانات، والثياب.

※ وأمثال متقاربة؛ كالجوزات، والعدديات المتقاربة.

※ وأمثال متساوية الماليَّة قطعًا ويقينًا؛ كالفلوس الرائجة، فإنَّه لا فضل لبعضها علىٰ بعض في الماليَّة قطعًا؛ لسقوط قيمة الجودة منها، لاصطلاح النَّاس

---

[١] «ص» (بقاء فضل).

[٢] ما بين [ ] ليس في «ن».

[٣] «أ» «ن» (نأن)، وفي حاشية «أ» (بأن)، والمثبت من «ص».

[٤] «أ» «ن» (أسلم)، وفي حاشية «أ» (التسلم)، وفي «ص» (أن يقول له: أيسلم)، والمثبت أظهر.

[٥] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٦] «أ» «ن» (فيها)، والمثبت من «ص».

[٧] كلمة غير واضحة في حاشية «أ»، وفي «ص» (بجنسها).

علىٰ الرواج بصورها كذلك، واتفاقهم علىٰ أنَّ لا قيمة للجودة، كما تقلُّ القيمة بالرخص لاتفاقهم.

ثمَّ أجمعنا علىٰ أنَّ المماثلة ليست بشرط للجواز في المتفاوتة، وكذلك عندنا في المتقاربة، وهي الجوزات ونحوها من السهام[١] التي تباع عددًا، ويضمن مستهلكها المثل من جنسها بلا خلاف؛ لأنَّ ماليَّتها غير متساويةٍ قطعًا ويقينًا؛ لجواز أن يكون بعضها أجود من بعض، والجودة منها متقومة، فلا يمكن القول بالمساواة قطعًا.

ووجبت المماثلة في الفلوس شرطًا للجواز؛ فإنَّه إذا باع فَلسا بفَلسٍ[٢] رائجين فإنَّه يجوز؛ كبيع درهم بدرهم، ودينار بدينار؛ لأنَّها أثمان كلُّها. وإذا باع فَلسًا بفَلسين لا يجوز إذا كانت رائجة، لا لأنَّها دين، فإنَّه يجوز بيع فلوس بدرهم، وهي دين كلُّها[٣]. وكذلك الدينار بالدَّراهم، كذلك الواحد بالواحد يجوز، وهو لا يتعين عندنا، فثبت أنَّه لم يجز؛ لأنَّ المماثلة وجبت شرطًا للجواز؛ لكونها أمثالا متساوية قطعًا [ويقينًا][٤].

ثم ههنا وجبت المماثلة شرطًا للجواز، فعلمنا أنَّها وجبت لأنَّها أمثالٌ متساويةٌ قطعًا، والحنطة لا تصير مثلية بصورتها وأعداد حبَّاتها، ولا حفناتها، وإنَّما تصير مثلية بكيلها بالإجماع، وتصير مثلية في جنسها؛ لا غيرها، وعليه الإجماع، فإنَّ الجواز بالمساواة، ولن يجوز إلا بالكيل، ويبلغ قدرًا يصير مكيلا،

---

[١] «ص» (الأموال).

[٢] «ص» (بفلسين).

[٣] «أ» «ن» (كله)، والمثبت من «ص».

[٤] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».

ويكال= فبكونها مكيلة تصير أمثالا بمكاييلها، واتفاق جنسها؛ كالجوزات بصورها، والفلوس.

وكذلك ما يوزن لا يصير أمثالًا بصورها؛ بل بوزنها، ولن تصير أمثالا قطعًا إلا بسقوط قيمة الجودة منها عند المقابلة التي توجب المثل شرطًا للجواز، فإنَّها ما دامت متقومة لم يكن بدٌّ من أدنىٰ تفاوت، فلا تجب المماثلة شرطًا.

وهو معنىٰ قوله ﷺ: «جيدها ورديئها سواء»، ولا يصيران سواء قطعًا[١] إلَّا بأن تهدر مالية الجودة، فثبت أنَّ العلَّة لإيجاب المماثلة وصفان: مكيل جنس، أو موزون جنس، والشَّرط لعمل العلَّة: سقوط قيمة الجودة بانفرادها.

وإذا وجب بالشَّرع أن يكون للمكيل إذا قوبل بجنسه مثلٌ يساويه ليجوز= صار كما لو وجب بالشَّرط، فإذا شُرط نقصانٌ عن كيله ـ أو زيادةٌ ـ صار الفضل ربا؛ كما لو وجبت المقابلة بالشَّرط فقال: «بعتك قفيزًا من حنطة بقفيز مثله علىٰ أن أسلم قفيزًا ونصف»، أو: «علىٰ أن أسْلِم نصف قفيزٍ»؛ فإنه يكون حرامًا، لأن الفضل بينهما يبقىٰ بلا عوض بحكم الشَّرط[٢]، والفضل بغير عوض ربًا؛ كالبيع بغير ثمن، ولأن الشَّرط الثَّاني جاء مخالفًا للأول، فيكون فاسدًا.

ولهذا قلنا: إن المماثلة شرطٌ للجواز الأصلي[٣]، والفضل بعده حرامٌ؛ ليكون الأمر علىٰ موافقة سائر الأصول، ويحرم الفضل لخلوه عن العوض؛ كما يحرم في سائر البيوع إذا أخلَّ[٤] بالشَّرط؛ إلا أن ههنا: المماثلة لما وجبت شرعًا

---

[١] «ص» (مطلقا).

[٢] «ص»، «أ» زيادة (الأصلي).

[٣] «ص» (أصلي).

[٤] «أ» «ن» (أخلىٰ)، والمثبت من «ص».

ثبت الخلوُّ بغير شرط.

فإن لم يسلِّموا الفتوىٰ[١] في الفلوس قلت[٢]: الحفنة من الحنطة، وكذلك سائر المطعومات ـ مما لا يكال، أو لا يوزن ـ جودتها متقومة بانفرادها، فلا تجب المماثلة شرطًا لجوازها إذا بيعت[٣] بجنسها؛ قياسًا علىٰ العبيد، والدواب، والثياب.

وهذا المعنىٰ فقهي؛ وهو: أن الأصل أن بيع المال بمالٍ حلالٌ ـ إذا كانا متقومين ـ علىٰ ما يتراضون، وبه تجب الأرباح، وإنَّه عقد تجارة يقصد به الربح، وبغير مال ـ أو مال لا قيمة له ـ حرام [ربا][٤]، فكذا الفضل إذا كان في مقابلة مال يحلُّ، ويكون ربحًا، ولا يحلُّ إذا خلا عن العوض، ثم الأموال ما دامت مختلفة الجنس لا بد[٥] أن تتفاوت ماليتها بتفاوت معاني الأجناس، فلا يظهر ـ بفضل أحدهما علىٰ الآخر بعدده أو قدره ـ فضلٌ ليس في مقابلته مال؛ لجواز أن يكون الآخر أكثر منه ماليةً بمعناه.

وكذلك إن اتفق الجنس وكانت الجودة متقومة، لأن الماليَّة بها تتفاوت؛ كما يكون باختلاف الجنس، وإنما يظهر [الفضل][٦] بالتقويم، والبيع يتعلق بالعين لا بالقيمة، فإذا لم يظهر بدون التقويم فضل خالٍ ـ والبيع لا يوجب

---

[١] «ص» (الفلوس).

[٢] في حاشية «أ» (قلنا).

[٣] «أ» «ن» (بيع)، والمثبت من «ص».

[٤] ما بين [ ] ليس في «ص».

[٥] في حاشية «أ» (من).

[٦] ما بين [ ] ليس في «ص».

التقويم ـ لم يحلَّ الفضل عن[١] المقابلة إلا بشرط ، فإذا لم يشترط حلَّ وكان ربحًا.

وإذا اتفق الجنس وسقطت قيمة الجودة بقيت الماليَّة بقدرها مع مقدار الذات المحسوس ، فإذا فضل أحدهما صاحبه بقدر المحسوس ـ الذي جُعل قدرًا له ـ فضله بالماليَّة أيضا ، وصار خاليًا عن المقابلة ؛ كما لو خلا باسم[٢] العلم ؛ لأن الماليَّة صارت معه لما لم تبق للجودة قيمة .

كخيطين يتقابلان فيفضل أحدهما كان خاليًا عن مقابلة خيط ، وإذا صار خاليًا صار ربا ؛ كما لو شرط في غيره[٣] ، فقال: «بعتك ثوبي[٤] بهذا الثوب على أن أسلم مع ثوبي ثوبًا آخرًا ، أو: أسلم مكان ما سميتُ بصفة» فثبت أنا متى جعلنا المماثلة شرطًا للجواز أصلًا بعلة أنهما مثلان متساويان قطعًا ؛ لأنَّ مقابلة المال بالمال لا تتحقق مع هذه العلَّة إلا بالمماثلة ، ثم حرَّمنا الفضل ؛ لأنه خالٍ عن العوض بوجوب[٥] المماثلة شرعًا. كما لو شرط شرطًا ، صار الحكمان على موافقة سائر أصول البيوع والأموال. ومتى حرمنا الفضل ابتداءً ـ مع قيام المقابلة بتفاوت العوضين في قدرهما مطلقًا ـ كان بخلاف القياس ، وتحريمًا لما يقدر ربحًا.

ونصَّ محمد بن الحسن: أن بيع الفَلس بفَلسين لا يجوز ؛ لأن أحدهما يبقى

---

[١] «ن» ، «أ» (على) ، والمثبت من «ن» و«ص» .

[٢] «ص» (باسمه).

[٣] «أ» «ن» (غيرها) ، والمثبت من «ص».

[٤] في حاشية «أ» (هذا).

[٥] «أ» (يوجب) ، والمثبت من «ن» و«ص».

فضلًا بغير شيء، وبيَّنَّا أنَّا أوجبنا المماثلة لتحقيق مقابلة المال بالمال؛ كما شرطت أصل المقابلة[١] بالمال في غيرها لتصير معاوضةً وبيعًا.

❁ فإن قيل[٢] ـ وهو الشبهة ـ: إنك لا يمكنك إثبات حكمك على موافقة القياس إلا بإسقاط قيمة الجودة من هذه الأموال حال المبايعة مع كونها متقومة في غير حالة المبايعة، وإنه قول بخلاف القياس بالرأي، فإن النَّص لم ينصَّ على سقوط قيمة الجودة، وإنما قال: «**جيدها ورديئها سواء**» أي: في جواز البيع، فالمذكور من الحكم فيما سبق حرمة البيع وحلُّه بالتساوي كيلًا، وإن تفاضلا وصفًا.

والدليل على أنه خلاف القياس: أنَّ الأموال ضربان:

١ ـ ما تقومت جودتها، فتكون **قائمة حال المبايعة**؛ كالثياب، والعبيد، والجوزات.

٢ ـ وما **لا تكون قائمة حال المبايعة**، فتكون ساقطة أصلًا؛ كالجودة من الفلوس الرائجة، والجودة من الملاهي[٣] وحليٍّ مصوغٍ[٤] صياغةً لا تحلُّ، فأما أن تكون متقومة في نفسها مع أصلها، ولا تتقوم إذا انفردت ـ أو حال المبايعة ـ؛ فلا، فما المبايعة بمسقطة لقيم الأموال.

وههنا الجودة متقوِّمة مع الأصل؛ فإن من استهلك على آخر حنطةً جيدةً

[١] «ن» (أصلا لمقابلة).

[٢] «أ» (قلت)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٣] «ص» (المال).

[٤] «أ» (مصيوغ)، والمثبت من «ن» و«ص».

ضمن بمثلها جيدةً، ولو جاء بأردأ لم يجبر صاحبه على القبول، وكذلك الذَّهب، ولو كانت ساقطةَ القيمة لأجبر على قبول الرَّديء، كما إذا استهلك فلسًا جيِّدًا رائجًا وجاء برديء رائج أجبر على القبول، وكما إذا أتلف بَرْبَطًا[١] وجاء بقيمة الخشب أُجبر على القبول، فدلَّ أنَّك تُثبت هذا الحكم بخلاف القياس، وإنَّما تثبته بالرأي[٢]، وإنَّه باطل.

ونحن وإن أثبتنا حكمًا بخلاف القياس، فإنَّما أثبتناه بالنَّص، وإنَّه جائز بالنَّص، ثمَّ النَّص الذي ثبت حكمه بخلاف القياس امتنع قياس غيره عليه، وأنا[٣] لا أقيس غير الثَّمن على الثَّمن، ولا غير الطَّعام على الطَّعام، والنَّص تناول[٤] الثَّمن والطَّعام، ولكن مع هذا عندي يجوز تعليله بعلَّة لا تعدو النَّص، وتُقْصر عليه[٥]، فكان هذا أولى مما قلته.

۞ قلنا: على أصلنا[٦] لا يجوز تعليل النَّص بما لا يتعدَّى عنه إلى غيره، والحكْم المعدول به عن القياس ممَّا لا يقاس عليه غيره، فإذا وجب التعليل على أصليّ وجب بما يتعدَّى[٧] إلى غيره، وعلَّة المعدول به عن القياس لا تتعدَّى، فلا يستقيم على أصولنا.

---

[١] في «أ» (مربطًا)، والمثبت من «ن»، «ص». والبربط من آلات اللهو، وهو من مَلاهي العجَم. انظر: «التجريد» للقدوري (٣٣٩٦/٧)، و«العين» (٤٧٢/٧).

[٢] «ص» (وأنت تثبت حال الحكم بخلاف القياس بالرأي).

[٣] «ص» (فأنا).

[٤] «ص» (فالنص يتناول).

[٥] «ص» (لا تتعدى النص وتقتصر).

[٦] «ص» (عندنا).

[٧] «ص» (تتعدى عنه).

ثمَّ الجواب عنه: أنَّا لم نسقط قيمة الجودة حال المبايعة بالرأي، بل بالاستدلال الذي يجري مجرى النَّص، وهو أنَّا أجمعنا على حرمة زيادة عوضٍ حالَ المبايعة، فإنه إذا باع قفيز(١) حنطة جيِّدة بقفيزٍ رديءٍ وزيادةٍ لمكان الجودة حرُم، وليس يحرم[٢] أحد العوضين عن وصف متقوّم مالًا مع الأصل بحال، كما لا يحرم في الثياب والجوزات والعبيد.

وإنَّما يحرم عمَّا لا يتقوّم كأخذ العوضين عن أوصاف الملاهي[٣]، وعن الفلس الرائج الجيِّد إذا باعه[٤] بجنسه وزيادةٍ لمكانِ الجودة؛ وهذا لأنَّ الوصف في [حق][٥] جواز أخذ العوض عليه [مع الأصل يجري مجرى أصل المال، وأصل المال لا يحرم أخذ العوض عليه][٦] بلا حق فيه يبطله المعاوضة إلا أن لا يبقى لها[٧] قيمة، كالخمر والأشياء التَّافهة التي لا تتموَّل؛ لأنَّ المال المتقوَّم محلُّ البيع فلا يحرم البيع لمحله[٨]، وإنَّما يحرم لحقٍّ مستحقٍّ يبطل بالبيع صيانةً له، أو لأنَّه لا يبقى له قيمة شرعًا، لأنَّ البيع تقويم في الحقيقة.

فصار القول بأنَّ الاعتياض حرام لأنَّ الوصف لم يبق له قيمة أوْلى من القول

(١) القَفيزُ: مكيال مشهور، يجمع على أقفزة وقُفْزَان، وسعته ثمانية مكاكيك، والمكوك صاع ونصف. انظر: «الصحاح» (٣/٨٩٢)، و«الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي» (ص: ١٤٠)، و«المطلع على ألفاظ المقنع» (ص: ٢٥٨).

[٢] «أ» «ن» (ولن يحرم)، والمثبت من «ص».

[٣] «ص» (المال هي).

[٤] «أ» «ن» (باع)، والمثبت من «ص».

[٥] ما بين [ ] ليس في «ن».

[٦] ما بين [ ] ليس في «ن».

[٧] «ص» (يبقى له).

[٨] «ص» (بمحله).

بأنَّ الوصف متقوِّم وحرُم[١] أخذ العوض عليه؛ لأنَّا نجد[٢] المال في نفسه تسقط[٣] قيمته شرعًا كالخمر لصلاح رأي فيه[٤]، فجاز مثله ههنا. ولم نجد مالًا متقومًا يحرم أخذ العوض عليه في موضع ما.

ولأنَّ قوله: «سواء بسواء»(٥) صفة لِما دخل تحت البيع، والوصف الخاصُّ ليصير مبيعًا أنَّه مال متقوِّم فسواء بسواء ينصرف إليه، ولن يثبت ذلك إلا بسقوط قيمة الجودة.

فسقط الاعتراض بهذا[٦] الفصل، وتبين أن الطّعم علّة فاسدة، فالطّعم يقدّم[٧] الحرمة على المماثلة المجوّزة، ويحرم فضلًا لم يخل عن العوض تسميةً لا شرعًا ولا شرطًا، فالقياس على الأصل يجوِّزه[٨]، فالبيوع في سائر الأصول

---

[١] «ص» (وحرام).

[٢] في حاشية «أ» (نأخذ).

[٣] «أ» (فسقط) والمثبت من «ن»، «ص».

[٤] «ص» (رأي الشَّرع فيها). كذا في النسخ ولعلها (رئي) أو (رأئ)

(٥) وردت هذه الجملة في أحاديث كثيرة عن جمع من الصحابة، ومن تلك الأحاديث: حديث أبي بكرة ﷺ: قال رسول الله ﷺ: «لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا سواء بسواء، والفضة بالفضة إلا سواء بسواء، وبيعوا الذهب بالفضة، والفضة بالذهب، كيف شئتم» رواه البخاري (٢١٧٥)، ومسلم (١٥٩٠). وحديث أبي سعيد الخدري أن رسول الله ﷺ قال: «لا تبيعوا الذهب بالذهب، ولا الورق بالورق، إلا وزنا بوزن، مثلا بمثل، سواء بسواء» رواه البخاري (٢١٧٦)، ومسلم (١٥٨٤). وحديث عبادة بن الصامت ـ ﷺ ـ: «إني سمعت رسول الله ﷺ ينهى عن بيع الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، إلا سواء بسواء، عينا بعين، فمن زاد أو ازداد، فقد أربى». رواه مسلم (١٥٨٧).

[٦] «ص» (فيسقط الاعتراض من هذا).

[٧] «ن» (يعدم)، «ص» (بعدم).

[٨] «ص» (وإنه خلاف القياس على الأصول).

على الجواز، وإنما يبطل بشروط زائدة مفسدة شرعًا، فأما المال في [نفسه][١] فمطلق للبيع لأنه محلُّه؛

[ولأنَّ الطعم لا يعمل هذا العمل إلا مع الجنس، والجنس لا يشير إلى زيادة حرمةٍ، بل إلى مساواة المعنى][٢].

ولأنَّ قولنا: «إنه طعم» عبارة عن أعظم وجوه النفع، وبالنفع[٣] يقوّم المال، وجُعل بذله للتناول والتجارات وغيرها[٤]؛

ولأنه يشير إلى شدة احتياجنا إليه، وشدة الحاجة يزيد باب الإباحة في الأموال،

ألا ترى أن الميتة حرام وتحل عند الضرورة، فلا يجوز أن يجعل [شدة الحاجة][٥] سببًا لحرمة التناول.

فعلم أن الوصف الآخر بمعناه موجب للمساواة بخلاف النِّكاح؛ لأنه يرِد على الإنسان[٦]، وإنه لا يحلُّ لشدَّة الحاجة، ولا بالإباحة أيضًا؛ لأنه لم يخلق بذلة كالمال، بل مالكًا لغيره، وإنما ابتذلت المرأة بعقد النِّكاح لضرورة النسل،

---

[١] ما بين [ ] ليس في «ن»، «ص».

[٢] ما بين [ ] ليس في «ص». وقد تأخرت هذه الجملة في «ن» حيث وردت قبل قوله ـ بعد فقرتين ـ (فعلم أن الوصف الآخر...).

[٣] «ص» (البيع وبالبيع).

[٤] «ص» (بدله المناول بالتجارات وغيرها).

[٥] ما بين [ ] ليس في «أ»، «ن»، والمثبت من «ص».

[٦] «أ»، «ن» (الأسباب)، والمثبت من حاشية «أ»، «ص».

فلم تبتذل إلا بشروط، ليعلم أن المحلَّ غير مخلوق للبذلة، فلم تبتذل[١] كما يبتذل المال.

وأما الجمع بين [الأشياء][٢] الستة، فدليل على أن العلَّة فيها واحدة، ليصير الكلُّ مالًا واحدًا في الحكم الذي ذكره؛ لأنه نص على وصف واحد[٣]: «مثلًا بمثل، والفضل ربا»(٤)، وذلك فيما قلناه، وهو صيرورة الفضل في قدر المعيار الذي به وجبت المماثلة للجواز شرعًا، كما يجب شرطًا لصيرورته[٥] مالًا متقوّمًا بمعياره، لا بذاته التي ينطلق عليها الاسم[٦] ومساواته الآخرَ معنًى بجنسه قطعًا لسقوط قيمة الجودة منه حال الانفراد عن الأصل، فالعلَّة واحدة عندنا فيها، وإنما تختلف العبارة عن المعيار من كيل أو وزن كما يختلف الصاع والقفيز.

وعندك تختلف العلَّة؛ فالثَّمنية غير الطعم، وإنما خصَّ الأربعة عندنا من

---

[١] «أ» (يبتذل المال)، والمثبت من «ن»، «ص».

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٣] «ص» (على الحكم على وصف واحد).

(٤) أقرب ما وقفت عليه ـ من الروايات ـ للفظ الذي أورده المصنف ما في مسند أبي حنيفة من رواية أبي نعيم (ص: ١٩٦): عن أبي سعيد الخدري ـ رضي الله عنه ـ عن النبي ﷺ أنَّه قال: «الذهب بالذهب مثلا بمثل، والفضل ربا، والحنطة بالحنطة مثلا بمثل، والفضل ربا، والشعير بالشعير مثلا بمثل والفضل ربا، والملح بالملح مثلا بمثل والفضل ربا»، ورواه أبو يوسف في الآثار (ص: ١٨٣) بلفظ: «الذهب بالذهب وزنا بوزن، يدا بيد، والفضل ربا، والفضة بالفضة وزنا بوزن يدا بيد، والفضل ربا، والحنطة بالحنطة كيلا بكيل، والفضل ربا، والشعير بالشعير كيلا بكيل والفضل ربا، والتمر بالتمر كيلا بكيل والفضل ربا، والملح بالملح كيلا بكيل والفضل ربا»، والحديث أصله في الصحيحين: رواه البخاري (٢١٧٦)، ومسلم (١٥٨٤).

[٥] «ص» (نصيرورته).

[٦] «أ»، «ن» (الذي ينطلق عليه الاسم)، والمثبت «ص».

المكيلات ؛ لأنَّها أصول ما يكال ، وكذلك الذَّهب والفضَّة أصلان فيما يوزن في الأسواق .

فأما الجواب عن قوله: إن الاسم المشتق يدل على أن موضع الاشتقاق منه علّة ، فإنه إنما يدل إذا كان مؤثّرًا فيه كالسرقة والزّنا ، فإنهما معصيتان ، وللمعاصي تأثير في إيجاب العقوبات ، فأما الطعم فتأثيره في الإباحة ؛ لأنه خُلق لنا ، لا في التحريم .

وأما قوله: «البيع حرم فيه إلا بزيادة شرط» فغير مسلَّم ؛ لأنَّا ذكرنا أن من شرط البيع في سائر الأموال إذا صارت أمثالا[١] متساوية المعنى[٢] قطعًا= المماثلةُ كما في الفلوس ، واليد باليد أيضًا إذا كانت أثمانًا ، فكذلك ههنا عندنا إنما شرطت المماثلة ؛ لأنَّ القُفْزان[٣] من الحنطة إذا قوبل بعضها ببعض أمثالٌ متساوية كالفلوس .

وأما قوله: «أثبت الحرمة مع اسم البر» فقد مرَّ أنَّه أثبتها مع اسم البر المكيل الواجب مثله للجواز ، وأنَّ وصفه الكيل ثابت[٤] بمقتضى النص [لا بتعليلنا ، وما دونه خارج عنه بمقتضى النص][٥] من الكيل لا بتعليلنا ، فإن الكيل ليس بوصف محلِّل ولا محرِّم ، ولكن المكيل إذا قوبل بجنسه كان موجبًا مثلًا [له][٦] في كيله

[١] «ص» (أموالا) .

[٢] «أ» (لمعنى) والمثبت من «ن» ، «ص» .

[٣] «ص» (الفقيران) .

[٤] «ص» (صفة الكيل ثابتة) .

[٥] ما بين [ ] ليس في «ن» .

[٦] ما بين [ ] ليس في «ن» .

ليجوز[١] مستحقًّا شرعًا، كما لو شرط المثل شرطًا، فهو الحكم الأصلي، فإذا شرط بعده ما هو أنقص منه أو أزيد عليه يصير ربًا؛ لأنه شرط زائد بخلاف ما أوجبه الأوّل، وبه يفسد كل بيع؛ ولأنه [يوجب][٢] فضلًا خاليًا عن العوض، وبه يفسد كل بيع.

فثبت أن علّة هذا النص اختلف فيه[٣] لاختلافهم في حكم النص، فعنده حكم النص حرمة البيع إلا بشرطين: المماثلة في المعيار والقبض بالقبض، والحرمة أصل بالطعم والثّمنية، والحلُّ عارضٌ بكونه مكيلًا أو موزونًا، فثبت بالإجماع أن المماثلة التي هي شرط الجواز لا تثبت إلا بمكيل جنس أو موزون جنس، غير أن الفضل الحرام عندنا بعد هذه المماثلة، فلم يكن ما ليس بمحلٍّ للمماثلة محلًّا للحرمة.

وعنده: الحرمة قبل المماثلة وقبل وجوبها بعلّة الطعم، فثبت فيما لا يقبل المماثلة.

وتفسير المماثلة عندنا: المماثلة كيلًا وحالًا ليصير [مِثْلًا][٤] قطعًا، ومن[٥] الوصف إلا وصفًا سقط[٦] بالنص من الجودة.

فأما إذا اختلفا وصفًا وراء الجودة فلا يجوز، نحو أن يكون أحدهما نسيئة

---

[١] «ص» (فيصير).

[٢] ما بين [ ] ليس في «ن».

[٣] «ص» (فثبت أنَّه علّة هذا النص اختلفوا فيها).

[٤] ما بين [ ] ليس في «ن».

[٥] «ص» (وهي).

[٦] «أ» (يسقط) والمثبت من «ص»، «ن».

والآخر نقداً ، فلا يجوز لتفاوت نفعٍ بين النقد والنسيئة[١] حالًا ، فيتمكن شبهة فضلٍ خالٍ عن العوض وشبهة الرِّبا حرام كأصله على ما يأتيك المسائل.

ولما وجبت المماثلة كالمشروطة في قدر المعيار والحال= حرُم الفضل إذا زالت تلك المماثلة ، لتحقق فضلٍ خالٍ عن العوض تسميةً أو شبهةَ فضلٍ ، كالنقد مع النسيئة ، فتصير المماثلة كيلًا أصلًا عندنا ، فلم يدخل تحته ما لا يكال ولا يوزن ، والحرمة بزوالها بناءً عليها ، فلا يصح التعليل بما يَجعل الحرمةَ أصلًا والمماثلةَ مُحَلِّلَةً.

وتبين بهذه المسألة أن الطَّرد ليس بحجَّة ، وأن علَّة الأصل في كل مسألة اختلف فيها لا يثبت بوجود[٢] الحكم معه في الأصل كما لم يثبت في هذه المسألة ؛ لأنه يوجد مع ما هو علَّة ، وما ليس بعلَّة ، فأوصاف الأصل كثيرة ، والحكم واحد ، والعلَّة واحدة منها ، والحكم موجود مع جميعها[٣] ، وإن القول: «إنَّ هذه علَّة دون غيره» دعوىً كدعوى الحكم أنَّه جائز أو فاسد ، فلا يثبت إلا بدليل ، بل دعوى الحجَّة فوق دعوى الحكم ، فالحكم يثبت بالحجَّة.

ودل اشتغال النَّاس بالحجَّة لإثبات الوصف علَّة في هذه المسألة أنَّه فصلٌ مجمعٌ عليه ، وأن خلاف هذا شيء أحدثه الظاهريون في القياس الذين عجزوا عن فهم المعاني الفقهيَّة التي بها يتبيَّن الأوصاف المثيرة[٤] أو المشيرة إلى العلل منها ، ثم تكلَّموا في هذه المسألة ـ على العادة ـ من غير تبيين الحكم لكل خصم

---

[١] «ن» (الشبه).

[٢] «أ» ، «ن» (لوجود) ، والمثبت «ص».

[٣] «ص» (وجودها).

[٤] «أ» (المشيرة) ، والمثبت من «ص» ، «ن».

وتبيين العلَّة بما هو فقه وإشارة إلىٰ الوصف المؤثِّر الموجِب عند الاعتبار بسائر أصول البيع.

|٩٣٨| **مسألةٌ**: الجنس بانفراده يحرّم النَّسأَ **عندنا**، فلا يجوز إسلام ثوب في ثوب [من جنسه][١].

وعند الشَّافعي - رحمه الله -: لا يحرم(٢).

وهذه المسألة لا تخرّج إلا بناءً علىٰ ما مضىٰ؛ لأنَّ بيع الحنطة بالحنطة لا يجوز إلا مثلًا بمثل من كل وجه، إلا أن الشَّرع لما قال: «جيِّدها ورديئها سواء»(٣) ألغىٰ اعتباره، ولم يبق للجودة قيمة بانفرادها عندنا علىٰ ما مرَّ، وإذا لم يبق لها قيمة جاز البيع لوجود المماثلة في الماليَّة قطعًا ويقينًا، ولم يجز إذا فضَل أحدُهما صاحبَه في قدر الكيل لتحقُّق فضْلٍ بلا مالٍ، وإذا كان أحدهما نسيئًا لم يجز لتوهُّم فضلٍ من حيث المعنىٰ؛ لأنَّ النقد أفضل معنىٰ من النَّساء، والشَّرع

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

(٢) انظر: «الأم» للشافعي (١٢٦/٣)، و«الحاوي الكبير» (٩٩/٥)، و«بحر المذهب» للروياني (٤١٦/٤).

(٣) قال الزيلعي في «نصب الراية» (٣٧/٤): «قال ﷺ: «جيِّدها ورديئها سواء»، قلت: غريب، ومعناه يؤخذ من إطلاق حديث أبي سعيد». وقال ابن حجر في «الدراية في تخريج أحاديث الهداية» (١٥٦/٢): «حديث «جيِّدها ورديئها سواء» لم أجده ومعناه يؤخذ من إطلاق حديث أبي سعيد». وحديث أبي سعيد المشار إليه في كلاميهما رواه البخاري (٢٢٠١)، ومسلم في (١٥٩٣) عن سعيد بن المسيب: أن أبا سعيد الخدري وأبا هريرة حدثاه: أن رسول الله ﷺ بعث أخا بني عدي الأنصاري، واستعمله علىٰ خيبر، فقدم بتمر جنيب، فقال له رسول الله ﷺ: أكل تمر خيبر هكذا. قال: لا والله يا رسول الله، إنا لنشتري الصاع بالصاعين من الجمع، فقال رسول الله ﷺ: «لا تفعلوا، ولكن مثلا بمثل، أو بيعوا هذا واشتروا بثمنه من هذا، وكذلك الميزان».

لم يبطِل اعتباره، فلا يبطُل، وإنما أبطَل تفاوتًا يقع باختلاف صفات[١] الحنطة على ما خلقها الله؛ لأنَّ الجيِّد والرَّديء من تلك الصِّفات، وهذا تفاوت يقع بفعل العباد، فيبقى معتبرًا كالتفاوت بين المقليَّة وغير المقليَّة[٢]، فالقلي صنع العباد، بل بقّاه معتبرًا لمّا لم يثبت الحلّ[٣] حتَّى يتساويا في النقدية يدًا بيد، فصار الكيل والجنس يحرِّمان البيع بضربيْ فضلٍ، إما في الحال أو في العين، ولمّا ثبت بالنص إذا زال أحد الوصفين باختلاف الجنس= زوال حرمة الفضل وبقاء حرمة النساء عُلم ضرورةً أن الآخر مثله، فإذا زال الكيل وبقي الجنس حلَّ التفاضل، وحرم النساء كذلك؛ لأنَّهما سواء في كونهما علَّة ربا الفضل، والفضل فضلان، والكلام في ذلك الفضل بعينه لا غيره.

ولا يشكل بما إذا أسلم دراهم في زعفران، فإنه يجوز، وصفة الوزن قائمة ولم يعمل؛ لأنَّا بالرأي ألحقنا الجنس الذي لا نصَّ فيه بالمنصوص عليه، وهو الذي يبقى بعد[٤] زوال الجنس بقوله: «**إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يدًا بيد**»(٥) وهو الوزن أو الكيل، فالحرمة بالوزن أو الكيل منصوص

---

[١] «ص» (صفة).

[٢] «ص» (كالتفاوت بين المقلوة وغير المقلوة). وفي «أ» و«ن» (كالتفاوت بين المقليَّة وغير المقليَّة أو المقليَّة) والظاهر أن قوله «أو المقليَّة» زيادة مقحمة لذلك لم أثبتها في المتن.

[٣] «ص» (المماثلة).

[٤] «ص» (بقدر).

(٥) رواه بلفظ قريب من هذا اللفظ: الدارقطني في «سننه» (٢٨٥٣) عن أبي بكر بن عياش عن الربيع بن صبيح عن الحسن عن: أنس، وعبادة بن الصامت عن النبي ﷺ، قال: «ما وزن، فمثل بمثل، إذا كان نوعا واحدا وما كيل، فمثل ذلك، فإذا اختلف النوعان، فلا بأس به». قال الدارقطني في «سننه» (٤٠٧/٣): لم يروه غير أبي بكر، عن الربيع هكذا، وخالفه جماعة، فرووه عن الربيع، عن ابن سيرين، عن عبادة، وأنس، عن النبي ﷺ بلفظ غير هذا اللفظ. وقال الزيلعي في=

عليه فلا يرد عليه نقض ، وهو ثابت بالاتِّفاق.

وإنما يجب النظر إلىٰ النص كيف ورد ، فنقول: أنَّه ورد في الذَّهب والفضَّة والحنطة والشَّعير والتَّمر والملح ، والذَّهب والفضَّة ثمنان ، وما سواهما مثمن[١] ، فصار الوصف المضموم إلىٰ الجنس بانفراده[٢] يحرِّم النَّساء بالنص في ثمنين أو مثمنين ، فلذلك لم يثبت في ثمن ومثمن ، والجنس عندنا لم يعمل إلا في ثمنين أو مثمنين ؛ لأنه لا تتصور المجانسة بينهما وأحدهما ثمن والآخر مثمن.

وعلَّل الشَّافعي ـ رحمة الله عليه ـ للجواز في هذه المسألة بالقياس علىٰ أصول تعدم فيها العلَّة المحرمة التي قلناها[٣] أقيسة فاسدة ؛ لأنَّا أجمعنا أن البيع مما يحرم بقيام علَّة الرِّبا ، وأثبتنا قيامه[٤] ، فلا ينقض[٥] عنه[٦] إلا بإفساد ما

= «نصب الراية» (٤/٤): «غريب بهذا اللفظ» ، وضعف ابن حجر إسناده في «الدراية في تخريج أحاديث الهداية» (١٤٧/٢) ، ولفظ حديث عبادة بن الصامت في مسلم (١٥٨٧) أن رسول الله ﷺ قال: «الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، والبر بالبر ، والشعير بالشعير ، والتمر بالتمر ، والملح بالملح ، مثلا بمثل ، سواء بسواء ، يدا بيد ، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم ، إذا كان يدا بيد». وروىٰ الطبراني في «الكبير» (٣٣٩/١ ، رقم: ١٠١٧): عن بلال ، قال: «كان لرسول الله ـ ﷺ ـ عندي تمر ، فتغير ، فأخرجته إلىٰ السوق ، فبعته صاعين بصاع ، فلما قربت إليه منه ، قال: «ما هذا يا بلال ؟» فأخبرته ، قال: «مهلا ، اردد البيع ، ثم بع تمرا بذهب أو فضة أو حنطة ، ثم اشتر به تمرا» ثم قال رسول الله ـ ﷺ ـ: التمر بالتمر مثلا بمثل ، والحنطة بالحنطة مثلا بمثل ، والذهب بالذهب وزنا بوزن ، والفضة بالفضة وزنا بوزن ، فإذا اختلف النوعان فلا بأس واحد بعشرة».

[١] «أ» (مثمنة).

[٢] في حاشية «أ» (علَّة).

[٣] «أ» (قلنا) ، والمثبت من «ن» ، «ص».

[٤] «ص» (قيامها).

[٥] في حاشية «أ» (بنقضها).

[٦] «ص» (فلا ينقضي عنها).

ادعيناه علَّة، ولم يكن الجواز حيث ليس فيها علَّة الرِّبا دليلًا على[1] الجواز مع قيام العلَّة، وإنما هذا القياس بمنزلة من يقول: لم يقم دليل الفساد، وما له حجَّة إلا خبر يرويه: «أنَّ النَّبي ﷺ أمر عمرو بن العاصي(٢) أن يشتري له بعيرًا ببعيرين إلى أجل»(٣)، والجواب عنه: نذكره في [مسألة][٤] السَّلم في الحيوان.

ولنا: ما روي عن النَّبي ﷺ: «أنه نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة»(٥)

---

[١] «ص» (على أن).

(٢) كذا في الأصول والمعروف في الرواية أن المأمور ابنه عبد الله.

(٣) رواه أبو داود (٣٣٥٧)، وأحمد (٦٧٠٤)، ولفظ أبي داود: عن عبد الله بن عمرو، أن رسول الله ﷺ أمره أن يجهز جيشا، فنفدت الإبل، فأمره أن يأخذ في قلاص الصدقة، فكان يأخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة. ورواه الحاكم في «المستدرك على الصحيحين»: (٢٣٤٠)، وقال: «هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه»، ووافقه الذهبي، وقال البيهقي في «السنن الكبرى» (٤٧١/٥): «اختلفوا على محمد بن إسحاق في إسناده، وحماد بن سلمة أحسنهم سياقة له، وله شاهد صحيح». وقال ابن القطان: هذا حديث ضعيف، مضطرب الإسناد. وانظر: «الأحكام الوسطى» (٢٤٢/٣)، و«بيان الوهم» (٧٧١/٥)، و«تنقيح التحقيق» لابن عبد الهادي (٢٢/٤)، و«نصب الراية» (٤٧/٤).

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

(٥) روي الحديث من وجوه متعددة حيث رواه أبو داود (٣٣٥٦)، والترمذي (١٢٣٧)، والنسائي (٤٦٢٠)، وابن ماجه (٢٢٧٠)، وأحمد (٢٠٢٣٧) عن الحسن البصري، عن سمرة بن جندب، وإسناد رجاله ثقات إلا أن الحسن لم يصرح بسماعه من سمرة، وسماع الحسن من سمرة مختلف فيه. قال الترمذي في «سننه» (٥٣٠/٣) ـ بعد رواية الحديث ـ: «وفي الباب عن ابن عباس، وجابر، وابن عمر. حديث سمرة حديث حسن صحيح، وسماع الحسن من سمرة صحيح، هكذا قال علي بن المديني وغيره، والعمل على هذا عند أكثر أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم في بيع الحيوان بالحيوان نسيئة...». وقال البيهقي في «السنن الكبرى» (٤٧٢/٥): «أكثر الحفاظ لا يثبتون سماع الحسن البصري من سمرة في غير حديث العقيقة». وفي «الاستذكار» (١٧٧/٨): «وقال الترمذي سألت البخاري عن هذا الحديث فقال: كان ابن المديني يقول به، وأنا أذهب إليه وسماع الحسن من سمرة عندي صحيح». وانظر:=

وسمي نسيئة بكون[1] أحدهما نسيئًا، وقال: «إنَّما الرِّبا في النسيئة»(٢).

= «الجوهر النقي» (٣٦/٨)، و«نصب الراية» (٤٨/٤)، و«مجمع الزوائد» (١٠٥/٤)، «البدر المنير» (٧٤/٤).

وروي الحديث عن ابن عباس في سنن الدارقطني (٣٠٥٨) عن عكرمة عن ابن عباس ﷺ أن النبي ﷺ «نهىٰ عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة»، ورواه عبد الرزاق (١٤١٣٣)، وابن حبان (٥٠٢٨) المعجم الأوسط (١٨٨/٥. رقم: ٥٠٣١) ورجح البيهقي إرساله. انظر: «معرفة السنن والآثار» (٥١/٨)، و«نصب الراية» (٤٨/٤)، و«مجمع الزوائد» (١٠٥/٤)، و«الهداية في تخريج أحاديث البداية» (١٩٨/٧)

وأما حديث جابر بن عبد الله: فرواه الترمذي (١٢٣٨)، وابن ماجه (٢٢٧١)، وأحمد (١٤٣٣١) عن الحجاج بن أرطاة عن أبي الزبير عن جابر، قال: قال رسول الله ﷺ: «الحيوان اثنين بواحد، لا يصلح نسأ، ولا بأس به يدا بيد». قال الترمذي: حديث حسن. والحديث فيه الحجاج بن أرطاة، وقد اختلف فيه. وانظر: «نصب الراية» (٤٨/٤)، و«الجوهر النقي» (٢٨٩/٥).

وأما حديث ابن عمر: فرواه الطبراني في «الكبير» (٢٥٢/١٣. رقم: ١٣٩٩٨) والبيهقي في «معرفة السنن والآثار» (١١٠٩١) عن محمد بن دينار الطاحي، ثنا يونس بن عبيد عن زياد بن جبير عن ابن عمر، أن النبي ﷺ: «نهىٰ عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة». قال البيهقي في معرفة السنن والآثار (٥١/٨): ومحمد بن دينار هذا ضعفه ابن معين، وقال الترمذي: سألت البخاري عن هذا الحديث، فقال: إنما يروىٰ عن زياد بن جبير عن النبي ﷺ مرسلا». وقال العقيلي في «الضعفاء الكبير» (٦٤/٤):

«وبلغني عن أبي داود السجستاني، أنَّه قال: سمعت أحمد بن حنبل، يقول محمد بن دينار كان زعموا لا يحفظ، كان يتحفظ لهم، ثم ذكر حديث المصة فأنكره، وذكرت له حديث ابن عمر في الحيوان، فقال: ليس فيه ابن عمر، هو عن زياد بن جبير موقوف». وقال الهيثمي في مجمع الزوائد (١٠٥/٤): «رواه الطبراني في الكبير، وفيه محمد بن دينار؛ وثقه ابن حبان، وغيره، وضعفه ابن معين». وانظر: «نصب الراية» (٤٨/٤)، و«الدراية في تخريج أحاديث الهداية» (١٥٩/٢).

[١] «ص» (ويسمىٰ نسيئة أن يكون).

(٢) رواه البخاري (٢١٧٨)، ومسلم (١٥٩٦)، ولفظ مسلم: عن أبي صالح، قال: سمعت أبا سعيد الخدري، يقول: الدِّينار بالدِّينار، والدرهم بالدرهم، مثلا بمثل، من زاد، أو ازداد، فقد أربىٰ،=

وإنما يستقيم له الكلام تخريجًا على المسألة الأوّلى، فإن علّة الرِّبا عنده الطعم وحده[١]، والجنس شرط، والحكم لا يثبت بالشّرط دون العلّة.

ولأنَّ الحرام عنده البيع إلا بشرطين: المساواة كيلا واليد باليد، وإنما يحرم إذا كان أحدهما نَسًا، لا لفضل الآخر، بل لعدم اليد كما لو كانا نقدين ولم يقبض أحدهما، والجنس لا يوجب اليد في المجلس بحال.

فثبت أن ربا الفضل ضربان: فضل في قدر المعيار الذي هو شرط الجواز، وفضل ما بين النقد والنساء، وباجتماع الوصفين: مكيل جنس أو موزون جنس يحرمان جميعًا، وبزوالهما يحلّان[٢]، وإذا وجد أحدُهما في بدليْن متّفقي الوصف في حكم البيع، وهو[٣] أن يكونا ثمنين أو مثمنين تزول حرمة فضل العين، وتبقى حرمة فضل الحال، وإن شيئًا من كلمات الخصم لا يلزمنا[٤] ما لم يبطِل ما قلناه من الحكم ثم يثبِت ما ادعاه.

فأصحابنا أثبتوا حكمًا واحدًا بخلاف القياس، وهو أن قالوا: إن الجودة من هذه الأموال لا قيمة لها بانفرادها، وإنما قالوه بعموم[٥] النص: «جيِّدها

= فقلت له: إن ابن عباس، يقول غير هذا، فقال: لقد لقيت ابن عباس، فقلت: أرأيت هذا الذي تقول؟ أشيء سمعته من رسول الله ﷺ، أو وجدته في كتاب الله ﷻ، فقال: لم أسمعه من رسول الله ﷺ، ولم أجده في كتاب الله، ولكن حدثني أسامة بن زيد، أن النبي ﷺ قال: «الربا في النسيئة».

[١] «ص» (عنده).

[٢] «ص» (يحلأنَّ جميعا).

[٣] «ص» (مثل).

[٤] كلمة غير واضحة في حاشية «أ».

[٥] في «أ» و«ن» (قالوا لعموم)، والمثبت من «ص».

وردیئها سواء» ، وبحرمة الاعتياض عليها حال انفرادها عند المبايعة بجنسها على ما ذكرنا ، فإنا لو بقّيناها متقوّمةً كانت حرمة الاعتياض عليها حكمًا بخلاف القياس ، فسقط اعتباره بالمعاوضة[١] ، وأثبتنا[٢] الأحكام الأُخَر على القياس وجوب المماثلة شرطًا للجواز في أموال أمثالٍ متساويةِ الماليَّة قطعًا .

ثم صيرورة الفضل بزوال المماثلة ربا ؛ لأنَّ المماثلة لما استحقَّت شرعًا صارت كالمشروطة فتكون الزِّيادة والنقصان حرامًا ، كما لو شرطا المماثلة شرطًا ثم زاد أو نقص بشرط ، ولذلك لم يُجعل القبض بالقبض شرطًا في المجلس في غير الذَّهب والفضَّة ؛ لأنَّ شرط القبض في المجلس ليس بموجب البيع بعينه[٣] ؛ لأنَّ أصل البيع بيع العين بالدَّراهم ولا يجب [به][٤] القبض في المجلس ، وإنما وجب في الدَّين بالدَّين حقيقة أو اعتبارًا على ما نذكر ، فكان شرط القبض في الحنطة بعينها بالحنطة بعينها ـ وهي عين حقيقة وحكمًا ـ أمرًا بخلاف القياس .

والشَّافعي - رحمه الله - نفى الجودة مُتَقَوِّمَةً قياسًا ، وحرَّم الفضل ، وشرَط المماثلة واليد باليد بخلاف القياس ، فصار ما قلناه أولى .

فإن جازف مجازف وقال: المماثلة عندي حكم وجب أصلًا ليجوز البيع .

قلنا له: فالآن لا يبقى لك شيء ؛ لأنَّ المماثلة لا تثبت حكما ثابتًا[٥] لجواز البيع أصلًا ابتداءً إلا إن كانت أمثالًا ؛ لأنَّ الحكم لا يثبت إلا في محلٍّ قابل له ،

---

[١] «ن» (بالمعارضة) .

[٢] «ص» (واستواء) .

[٣] في حاشية «أ» (نفسه) ، ومثله في «ص» .

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من «ص» .

[٥] «ص» (واجبا) .

والقليل منها ليست بأمثال بعضها لبعض، ولكنها محلٌّ لحرمة البيع فيه، كما يحرم سائر الشروط الفاسدة، والمخلص من الحرمة بأن تصير أمثالا، وإنه منعدم[١] ما لم يصر أمثالًا علىٰ أصله. والله أعلم.

|٩٣٩| مسألةٌ[٢]: والذي يؤكد الأساس الذي ذكرنا مسائل منها:

إذا باع دينارا جيِّدا ودينارا رديئا بدينارين جيِّدين، أو رديئين، أو جيِّد ورديء[٣] فإنه[٤] يجوز عندنا.

وعند الشَّافعي: لا يجوز(٥).

لأنَّ الجودة متقوَّمة [عنده][٦]، والبدل من كل جانب يجب قسمته علىٰ البدليْن الآخريْن باعتبار القيمة، كما لو باع ثوبين جيِّدا ورديئًا بثوبين جيِّد ورديء، أو عبدين بعبدين، وإذا قسِّم الجيِّد علىٰ قيمة الرَّديء والجيِّد انقسم علىٰ التَّفاوت لا علىٰ قدر الوزن فيصير ربًا.

وقول النَّبي ﷺ: «وزن بوزن جيِّدها ورديئها سواء بسواء»(٧) مخصوص

[١] «ص» (متقدم).

[٢] (مسألة) ليست في «أ»، «ن».

[٣] «أ» (إذا باع دينارًا بدينارين جيِّدين أو رديئين أو جيِّد ورديء)، وفي حاشية «أ» زيادة (جيِّدا ودينارا رديئا) بعد قوله: دينارا، وفي «ن» (دينارا رديئا بدينارين جيِّدين)، وفي «ص» (إذا باع دينارا جيِّدا ودينارا رديئا بدينارين جيِّدين)، والمثبت من «أ» وحاشيتها.

[٤] «أ»، «ن» (أنه) والمثبت من «ص».

(٥) انظر: «الأم» للشافعي (٣/٣٥)، و«مختصر المزني» (٨/١٧٥)، و«الحاوي الكبير» (٥/١٤٣).

[٦] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

(٧) تقدم تخريجه.

بالمخلّص عن فضلٍ هو[١] ربًا ، وهو فضلُ ذاتِ أحدِهما على الآخر على ما مرَّ ، فأما في حقّ الانقسام على الأبدال فلا ؛ لأنَّ الحديث ورد في مماثلة هي مخلِّص عن[٢] الرِّبا أنه[٣] بالوزن لا بالصِّفات ، وهذا حكم آخر .

ولنا: ظاهر الحديث «الذَّهب بالذَّهب وزن بوزن»(٤) وقد باع وزنًا بوزن.

---

[١] «ص» (عن الفضل الذي هو).

[٢] «أ» (على) والمثبت من «ن» و«ص».

[٣] «ص» (أنها).

(٤) وردت هذه الجملة في عدد من الأحاديث منها: بعض روايات حديث أبي سعيد الخدري في مسلم (١٥٨٤)، ونص الرواية: «لا تبيعوا الذهب بالذهب، ولا الورق بالورق، إلا وزنا بوزن، مثلا بمثل، سواء بسواء».

كما وردت في صحيح مسلم (١٥٨٨) من حديث أبي هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: «الذهب بالذهب وزنا بوزن، مثلا بمثل، والفضة بالفضة وزنا بوزن، مثلا بمثل، فمن زاد أو استزاد فهو ربا».

ومن حديث فضالة بن عبيد الأنصاري في مسلم (١٥٩١): أن رسول الله ﷺ أتي وهو بخيبر بقلادة فيها خرز وذهب، وهي من المغانم تباع، فأمر رسول الله ﷺ بالذهب الذي في القلادة فنزع وحده، ثم قال لهم رسول الله ﷺ: «الذهب بالذهب وزنا بوزن». وفي رواية في مسلم (١٥٩١) قال: كنا مع رسول الله ﷺ يوم خيبر، نبايع اليهود الوقية الذهب بالدِّينارين والثلاثة، فقال رسول الله ﷺ: «لا تبيعوا الذهب بالذهب، إلا وزنا بوزن».

كما وردت في بعض روايات حديث عبادة بن الصامت وقد رواها عبد الرزاق الصنعاني في «المصنف» (١٤١٩٣) ولفظه عنده: عن عبادة بن الصامت قال: كان معاوية يبيع الآنية من الفضة بأكثر من وزنها، فقال عبادة: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «الذهب بالذهب وزن بوزن، والفضة بالفضة، وزن بوزن، والبر بالبر مثل بمثل، والشعير بالشعير مثل بمثل، والتمر بالتمر مثل بمثل، والملح بالملح مثل بمثل، وبيعوا الذهب بالفضة يدا بيد كيف شئتم، والبر بالشعير يدا بيد كيف شئتم»، وأصل الحديث ـ كما تقدم ـ في مسلم (١٥٨٧)، ولفظه عنده: «الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلا بمثل، سواء بسواء، يدا بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم، إذا كان يدا بيد». ولم يرد فيه لفظ الوزن.

والمعنىٰ فيه: أن الجودة من هذه الأموال لا قيمة لها حال المقابلة بجنسها علىٰ أصولنا، وإنما قيمتها في قدرها الثابت بالمعيار، فتجب القسمة علىٰ العين دون القيمة، كما لو شرط[١] شرطًا [وقال][٢]: كل مثقال بمثقال.

فتبين بهذا أن الجودة عنده متقومة بانفرادها، وأن المماثلة عنده ليست بواجبة كالمشروط.

وبينا أن المراد بقوله «جيِّدها ورديئها سواء» في القيمة لا في حق جواز البيع.

|٩٤٠| [مسألةٌ][٣]، وكذلك قال علماؤنا: من اغتصب مكيلًا أو موزونًا فأَذهب جودته بسببٍ مَّا، ثم ردَّه كذلك لم يضمن قيمة الجودة.

وقال الشَّافعي - رحمه الله -: يضمنها(٤)؛ لأنَّ الجودة متقومة، كما لو استهلك المال كله يلزمه قيمتها كلها جيِّدة كذلك، إما من خلاف جنسها، وإما من جنسها جيِّدة كذلك، فكذلك يضمن إذا أتلف الجودة وحدها، كالثوب والحيوان، فإنه يضمن ما استهلك من وصفها[٥] كما يضمن الأصل.

ولا معنىٰ لقولكم: إن أخذ القيمة بإزاء الوصف ربًا؛ لأنَّا لا نسلم لكم هذا،

---

[١] «ص» (شرطه).

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» «ن»، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

(٤) انظر: «الأم» للشافعي (٣/٢٦٠)، و«مختصر المزني» (٨/٢١٧)، و«البيان في مذهب الإمام الشافعي» (٧/٤٣)، و«بحر المذهب» للروياني (٦/٤٥١).

[٥] «أ» (وصفهما).

إنما الرِّبا فضل ذات في المبايعة، لا أخذ عوض بإزاء الجودة على ما مرَّ بيانه.

إلا أنا نقول: لمَّا ثبت أنَّ ربا الفضل لا يثبت إلا بصيرورة[١] المال أمثالًا متساويةً قطعًا، ولن يثبت إلا إذا لم يبق للجودة بانفرادها قيمة، فإن التَّفاوت بين المالين من جنس واحد إذا اتَّفقا ذاتًا وذلك بالكيل لا يبقى بينهما تفاوتٌ إلا بالجودة وحدها، فلما تساويا قطعًا حتَّى وجبت المماثلة عُلم أنَّ الجودة وحدها لا قيمة لها.

وفي الغصب أذهب[٢] الجودة وحدها، فلم يكن لها قيمةٌ، فلم يضمن كالخمر، وكالجودة من الفلس الرائج، ولكن صاحب الحنطة إن شاء ترك الحنطة الفاسدة عليه[٣]، وضمَّنه حنطةً جيِّدةً كحنطته؛ لأنَّ لها قيمة مع الأصل، وإنَّما سقطت قيمتها حال الاعتبار منفردة ـ وهو حال المبايعة بجنسه ـ حتَّى لم يبق بينهما تفاوتٌ إلا بالجودة وحدها على ما مرَّ.

وكذلك في باب الزكاة إنما يكمل نصاب الذَّهب والفضَّة بالوزن لا عبرة للجودة منهما، وإن كان هذا نصاب تجارة؛ لأنَّ معنى التجارة فيهما[٤] أنهما أثمان الأموال كلُّها، ومعنى الثَّمنية متعلِّق بعينيهما، فقد خُلقتا كذلك فلا يبقى للجودة عبرة بانفرادها، بخلاف سائر المكيلات والموزونات؛ لأنَّها لا تصير مال زكاة إلا بالشِّراء للتجارة، ومعنى التجارة في معاني الأموال من[٥] الماليَّة لا

---

[١] «ص» (بضرورة).

[٢] «ص» (ذهبت).

[٣] في حاشية «أ» (عنده).

[٤] «أ»، «ن» (فيها)، والمثبت من «ص».

[٥] «ص» (في).

أعيانها، فصارت القيم هي المعتبرة من أصل المال، والجودة متقوِّمةٌ مع الأصل، والله أعلم.

|٩٤١| **مسألةٌ**: قال أصحابنا - رحمهم الله -: القبض في المجلس ليس بشرط في شراء الطَّعام بالطَّعام.

وقال الشَّافعي - رحمه الله -: شرط[١].

لقوله ﷺ: «**الحنطة بالحنطة مثلٌ بمثل يدٌ بيد**»[٢]، والمراد باليد القبض.

ولأنه قال في بعض الروايات: «**قبضٌ بقبض**»[٣].

ولأنَّ القبض في الذَّهب بالذَّهب وجب بهذا اللفظ، وقال أيضًا: «**إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يدًا بيد**»[٤]، وإنه عام في الأثمان والطَّعام.

ثم القبض وجب في الأثمان ـ وإن اختلف النوعان ـ فكذلك ههنا،

---

(١) انظر: «الأم» للشافعي (٣/٨٢)، و«التهذيب» للبغوي (٣/٢٩٢)، و«البيان» للعمراني (٥/١٧٤).

(٢) لم أقف في الكتب المسندة على من أورد الحديث بلفظ مطابق لما ذكره المصنف، ومعناه في كثير من الأحاديث الصحيحة التي سبق الإشارة إليها، وأقرب ما وقفت عليه من الألفاظ ما رواه مسلم (١٥٨٨) عن أبي هريرة رضي الله عنه، قال: قال رسول الله ﷺ: «التمر بالتمر، والحنطة بالحنطة، والشعير بالشعير، والملح بالملح، مثلا بمثل، يدا بيد، فمن زاد، أو استزاد، فقد أربى، إلا ما اختلفت ألوانه»، ولفظ ابن ماجه (٢٢٥٥) عن أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي ﷺ، قال: «الفضة بالفضة، والذهب بالذهب، والشعير بالشعير، والحنطة بالحنطة مثلا بمثل».

(٣) لم أقف على هذه الرواية.

(٤) تقدم تخريجه.

وكان[١] ينبغي أن يشترط مقارنًا للعقد إلا أن الشَّرع أقام مجلس العقد فيه مقام حال العقد.

والمعنىٰ: أنهما مالان يحرم بيع أحدهما بالآخر من جنسه إلا سواءً بسواءٍ، فلا يجوز إلا قبضًا بقبضٍ قياسًا علىٰ الذَّهب والفضَّة.

ولأنَّا أجمعنا [علىٰ][٢] أن بيع أحدهما بالآخر نسًا[٣] لا يجوز - وإن اختلف الجنس وذهب شرط المساواة - فعلم أنَّه إنما لم يجز لفوت[٤] القبض.

ولنا: قول الله تعالىٰ: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥] ولم يشترط قبضًا.

وقال[٥]: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ﴾ [النساء: ٢٩] ولم يشترط قبضًا، وكذلك سائر العمومات.

والمعنىٰ فيه: أن القبض حكمٌ يجب بالعقد، فلا يكون شرطًا لصحَّة العقد قياسًا علىٰ الملك، فإن وقوع الملك للذي يشتريه لما كان حكمَ العقد لم يكن وجوده شرطًا لصحَّة العقد، وكقبض[٦] سائر السلع إذا اشتريت؛ وهذا لأنَّ حكم العقد يعقُبه والشَّرط ما يقارن[٧] الشيء، وإذا لم يجب شرطًا لجواز العقد لم

[١] «ص» (وكذلك).
[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» «ن»، والمثبت من «ص».
[٣] «أ» (نَساءً).
[٤] «أ» (لم يجب لفوات).
[٥] في حاشية «أ» زيادة (أيضا).
[٦] «ص» (وكذلك قبض).
[٧] «أ»، «ن» (يقارب)، والمثبت من «ص»، وحاشية «أ».

يشترط وقوعه في مجلس العقد؛ لأنَّ مجلس العقد إنَّما يُشترط لفعل ما يكون شرطًا للعقد، أو أحد ركنيه كالقبول، فإنه شرط لصحَّة الآخر لمّا[١] أنَّ ساعات[٢] العقد أُلحقت[٣] بابتدائه تداركًا لما يتمُّ به العقد.

ألا ترى أن قبض المبيع لما لم يكن شرط الجواز، بل وجب حكمًا بالعقد أو بالملك= لم يشترط وجوده في المجلس، وإن كان لا بد منه في الجملة[٤].

ولا يلزم الصَّرف والسَّلم؛ لأنَّ الشَّرط هو أن يكون عينًا، ولا يكون دينًا بدين، فإن النَّبي ﷺ: «نهى عن الكالئ بالكالئ»(٥).

وأصل الصَّرف ثمنٌ بثمن، والثَّمن لا يتعيَّن عندنا بالإشارة، وإنما يتعيَّن بالقبض بعده، فشُرط في المجلس ليكون في حكم المقارن للعقد؛ لأنَّ ساعات

---

[١] «ص» (كما).

[٢] في حاشية «أ» زيادة (مجلس).

[٣] «أ» «ن» (ألحق)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٤] في حاشية «أ» (وإن لم يكن منه بد)

(٥) الحديث مروي من طرق عن ـ ابن عمرَ رضي الله عنهما ـ، رواه عبد الرزاق (١٤٤٤٠) عن الأسلمي عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر. قال عبد الحق الإشبيلي في «الأحكام الوسطى» (٢٥٩/٣) ـ عن الأسلمي ـ: «هو إبراهيم بن محمد بن أبي يحيى، وهو متروك كان يرمى بالكذب». وانظر: «نصب الراية» (٤٠/٤)، و«البدر المنير» (٥٦٧/٦).

وقد رواه ابن أبي شيبة (٢٢١٢٧)، والدارقطني (٣٠٦٠)، والحاكم في «المستدرك» (٢٣٤٢)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٠٥٣٦) من طريق عبد العزيز الدراوردي عن موسى بن عقبة عن نافع عن ابن عمر. قال الحاكم: (٦٥/٢): «هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه»، ووافقه الذهبي. قال البيهقي في «معرفة السنن والآثار» (٥٢/٨): «وموسى بن عبيدة غير قوي»، وأورده العقيلي في الضعفاء الكبير (١٦١/٤). قال ابن حجر في «التلخيص الحبير» (٧٠/٣): «وصححه الحاكم على شرط مسلم فوهم، فإن راويه موسى بن عبيدة الربذي لا موسى بن عقبة».

المجلس في حكم ابتدائه في حق إتمام العقد، فشُرط ليكون المعقود عليه عينًا، لا لنفسه، وأن[1] يكون عينًا ليس يجب بالعقد، فلا يكون حكمًا له، فصلح شرطًا.

وإذا شُرط في أحد البدلين شُرط في الآخر ليستويا؛ لأنَّهما متعاوضان مستويان في موجبات المعاوضة[2]، والقبض موجبه في الجملة.

وكذلك السَّلم، أصله شراء حنطة دينًا بدراهم[3]، وهي لا تتعيَّن، فيقع دينًا بدين[4]، فشرط قبض رأس المال في المجلس ليصير عينًا بدين، ولم يُشترط في الآخر للمساواة لأنه مؤجل[5]، فزال[6] حكم المساواة بشرطٍ أوجب المفارقة، كما لو اشترىٰ [عينا][7] بثمن مؤجل أو بالخيار.

ولما اختص الصَّرف أو السَّلم أصلهما في وروده علىٰ الدَّين بالدَّين[8]، وربما يقع علىٰ عين بدين، ويتعذر علىٰ عامة التجَّار معرفة ما يتعيَّن مما لا يتعيَّن= أقيم اسم الصَّرف والسَّلم مقام الدَّين بالدَّين، وعلِّق وجوب القبض بهما تيسيرًا علىٰ النَّاس، ووجب القبض[9] سواء وردا علىٰ دين بدين، أو عين بدين،

---

[1] «أ»، «ن» (ولن)، والمثبت من «ص»، وحاشية «أ».

[2] «أ» (المعاوضات)، والمثبت من «ن» «ص».

[3] «أ»، «ن» (حنطة بدراهم)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[4] «ص» (بشرط).

[5] «ص» (ولم يشترط في الآخر لأنَّ الآخر مؤجل).

[6] «ص» (فزوال).

[7] ما بين [ ] ليس في «أ» «ن»، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[8] «ص» (ولما اختص الصرف والسلم في وروده علىٰ الدَّين).

[9] في حاشية «أ» (فيهما).

أو عين بعين.

فقد[١] عدم هذا المعنى فيما نحن فيه؛ لأنَّ الطَّعام بالطَّعام لا يجوز دينًا بدين، وإنما يقع أصله عينًا بعين، أو عينًا بدين، والعينية كافية في أخذ البدلين، فلا يجب القبض لشرط العينية، ولم يجز أن يجب شرطًا لنفسه، وهو حكم العقد.

والذي دلَّ عليه أن شرط الجواز في أموال ربا الفضل المساواة مطلقة، وليس في القبض في المجلس معنى المساواة؛ لأنَّ المساواة في ذاته تقع بالمعيار، وفي حاله بالأوصاف وقد وجدت؛ لأنَّ الوصف بانفراده[٢] لم يبق له قيمة.

ولأنَّ القبض وتركه من أفعالنا، لا أوصاف الطَّعام في نفسه، وليس يتَّصل بالمبيع من فعلنا هذا أو تركه تفاوت معنى كما يتَّصل بالنقد والنَّسيئة؛ لأنَّ التجار لا يفرِّقون بين ماليَّة المقبوض في المجلس وغيره بعد[٣] أن يكون نقدًا بنقدٍ ولا يكون نسيئة، والثَّمن لا يتفاوت قطُّ بين أن يقبض في المجلس أو لا يقبض، ويتفاوت بالأجل، وثبت أن أحد البدلين إذا كان نسيئًا حرَّم البيع لعدم المساواة معنًى، لا لعدم اليد.

فثبت أن المراد بقوله ﷺ: «يد بيد» عين بعين، نقد بنقد، يقال لما ليس بنسيئة: بيع يد بيد. وقال الله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وحقيقة القبض ثبت بالنَّهي عن الكالئ بالكالئ.

---

[١] «أ» (وقد).

[٢] «أ»، «ن» (بانفرادها)، والمثبت من «ص».

[٣] «ن» (نقد).

وهذا؛ لأنَّ اليد آلة للتَّعيين بالإشارة والإحضار، كما هي[1] آلة القبض، وكذلك القبض باليد للتَّعيين فيكتفى بها[2] عنه، فنحمله عليه لئلا نزيد على كتاب الله شرطًا ليس منه؛ لأنه بمنزلة النسخ.

ودلَّ وجوب القبض في الصَّرف والسَّلم في المجلس لإثبات العينيَّة على أن الأثمان لا تتعيَّن بالتعيين في المعاوضات ما لم تقبض، والله أعلم.

/٩٤٢/ مسألةٌ: إذا باع سيفًا محلًّى بفضة[3] = بفضة هي أكثر من الحلية وزنًا يجوز عندنا كيف ما كان.

وقال الشَّافعي - ﵀ -: لا يجوز(٤).

وكذلك الحنطة في سنبلها بحنطة منقَّاةٍ هي أكثر منها(٥).

واحتج بما روي عن النَّبي ﷺ: «أنَّه نهى عن المحاقلة»(٦)، وهي: بيع

---

[1] «أ»، «ن» (هو)، والمثبت من «ص».

[2] «أ»، «ن» (به)، والمثبت من «ص».

[3] «ص» (حلية فضة).

(٤) انظر: «الأم» للشافعي (٣/٣٣)، و«بحر المذهب» للروياني (٤/٤٢٦)، والبيان في مذهب الإمام الشافعي (٥/١٩٨).

(٥) انظر: «الأم» للشافعي (٣/٣٣)، و«مختصر المزني» (٨/١٧٨)، و«الحاوي الكبير» (٥/١٩٩).

(٦) ورد النهي عن المحاقلة في أحاديث عدة، منها: ما رواه صحيح البخاري (٢١٨٦)، ومسلم (١٥٤٦) عن أبي سعيد الخدري ﵁: «أن رسول الله ﷺ، نهى عن المزابنة، والمحاقلة، والمزابنة اشتراء الثمر بالتمر في رءوس النخل». وما رواه البخاري (٢١٨٧) عن ابن عباس ﵄، قال: «نهى النبي ﷺ عن المحاقلة، والمزابنة». وما رواه البخاري (٢٢٠٧) عن أنس بن مالك ﵁، أنَّه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة، والمخاضرة، والملامسة، والمنابذة، والمزابنة». كما ورد النهي عنها من رواية صحابة آخرين منهم جابر بن عبد الله وأبو هريرة ﵃.

الحنطة في سنلبها بحنطة منقَّاة(١).

ولأنَّ البدل إذا قوبل ببدلين بيعًا انقسم عليهما علىٰ قدر قيمتهما كالثوب بالثوبين، والعبد بالعبدين، ومتىٰ قسِّم علىٰ قيمة السَّيف والحلية لم يدر ما يصيب الحلية.

ولنا: ما ذكرنا، أن الفضَّة متىٰ قوبلت بجنسها أو الحنطة اقتضت[٢] مثلها شرعًا كما لو شُرط[٣] شرطًا، ولو شرط أن يكون بإزاء الحلية مثلها وزنًا لم ينقسم علىٰ قدر القيمتين[٤]، فكذلك الآن.

ألا ترىٰ أن من اشترىٰ قُلْبًا(٥) وزنه عشرة= بعشرة[٦] [وثوبًا][٧] ونقد عشرة في المجلس، انصرف إلىٰ حصة القُلب كما لو شرط[٨]؛ لأنَّ عقد الصَّرف يقتضي

(١) اختلف العلماء في معنىٰ المحاقلة علىٰ أقوال، فقيل: هي بيع الحنطة في سنبلها بحنطة منقَّاة ـ كما ذكر المصنف ـ، وقيل: هي اكتراء الأَرْض بِالْحِنْطَةِ، وقيل: هي الْمُزَارعَة بِالثُّلثِ وَالرّبع، ونحو ذلك، وقيل: هي بَيْعُ الزرع قبل بدو صلاحه. وانظر: «غريب الحديث» لأبي عبيد القاسم بن سلام (١/٢٨٧)، و«غريب الحديث» لابن قتيبة (١/١٩٤)، و«النهاية في غريب الحديث والأثر» (١/٤١٦).

[٢] «أ» «ن» (اقتضىٰ)، والمثبت من «ص».

[٣] «ص» (شرطه).

[٤] «ص» زيادة (بل علىٰ الشرط).

(٥) القُلب: نوع خاص من الأسورة، وهو مَا كَانَ منها قَلْدا وَاحِدًا، بحيث يكون مفتولا من طاق واحد لا من طاقين. انظر: «مقاييس اللغة» (٥/١٧)، و«المخصص» (١/٣٧٢)، و«طلبة الطلبة» (ص: ٧٢).

[٦] في حاشية «أ» (وثوب قيمته عشرة بعشرة)

[٧] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن». والعبارة في «ص» (من اشترىٰ قلب فضة وزنه عشرة بعشرة دراهم وثوبا قيمته عشرة بعشرة).

[٨] «ص» (حلية فضة).

قبضًا في المجلس ليجوز، والآخر: لا، فمطلق القبض ينصرف إلىٰ ما يوجبه شرعًا، لا إليهما، كما لو شُرط شرطًا.

وأما المحاقلة فعندنا: المزارعة، والحَقلة السنبلة.

أو نقول: عندنا بيع الحنطة في سنبلها بحنطة منقَّاة باطل علىٰ الإطلاق، وإنما يجوز بشرط أن تكون المنقَّاة أزيد.

|٩٤٣| **مسألةٌ: قال أصحابنا** ـ رحمهم الله ـ: بيع الرُّطب بالرُّطب جائز كيلا بكيل، وكذلك الحنطة الرطبة بالرطبة، وكذلك الباقلي بالباقلي، وكذلك السَّلم فيهما كيلًا يجوز عندنا.

وقال الشَّافعي ـ رحمه الله ـ: لا يجوز(١)، وعلَّل بأن بين الباقلتين فضاءً ومتسعًا.

وبيانه ما ذكرنا، أن الفضل في ذات أحدهما علىٰ الآخر في كل مطعوم بجنسه حرام إلا بمخلِّص، وهو المساواة كيلًا بقدر الكيل، وإنما تقع المساواة بقدر الكيل إذا اكتنزت وراء المكيال[٢]، فأما إذا تجافىٰ فلا؛ لأنَّا لا ندري قدرَ التجافي، وبذلك القدر لم يتساويا.

وهذا كما لا يجوز بيع الحنطة المقليَّة بالمقليَّة[٣] كيلا؛ لأنَّ التساوي كان علىٰ ما خلق الله تعالىٰ الحنطة، وبالقلي[٤] تنضم تلك الأجزاء، فلا يُدرىٰ قدر

(١) انظر: «الأم» للشافعي (٣/٨٠)، و«الحاوي الكبير» (٣/٢٤٤)، و«بحر المذهب» للروياني (٤/٤٤٣).

[٢] «ص» وحاشية «أ» (إذا اكتنز في المكيال)، «ن» (اكتنز في وا المكيال).

[٣] «ص» (المقلوة بالمقلوة).

[٤] وقع في أكثر من موضع إبدال القاف من «القلي» غينا، وقد أثبت الصحيح ـ في هذه المواضع ـ=

الانضمام، ولا يظهر بالكيل المساواة التي كانت قبله وكانت مخلِّصًا.

فتبين[١] بمسألة القلي: أن المعتبر المساواة التي هي مخلِّصٌ عن الرِّبا حال اعتدال المكيل للدخول تحت الكيل.

دلَّ عليه الحنطة التي تنتفخ بالماء بعد اليبس؛ فإن الانتفاخ يفرق الأجزاء التي ثبت[٢] المساواة عليها، كما أن القلي يضمها، فتزول تلك المساواة بالتفرق كما تزول بالانضمام.

ولنا: ما روي عن النَّبي ﷺ: «أنه نهى عن بيع الطَّعام إلا سواء بسواء كيلا بكيل»(٣).

وقوله ﷺ: «لا تبيعوا البر بالبر إلا سواء بسواء كيلا بكيل والحنطة بالحنطة مثل بمثل كيل بكيل»(٤)، واسم الحنطة ثابت قبل اليبس.

والمعنى ما مرَّ: أن المال ما لم يصر أمثالًا متساويةً قطعًا وما لم تثبت المساواة التي هي شرط الجواز= لا يصير الفضل ربًا، بخلاف المقليَّة؛ لأنَّ الرِّبا ما ثبت بهذا الاسم، فلم يجب أن يكون أمثالا متساوية معه، بل ثبت قبله وكانت

= دون إشارة للخلاف بين النسخ لتكرره.

[١] «أ» (وتبين).

[٢] «ص» (تثبت).

(٣) مما ورد في النهي عن بيع الطعام بالطعام إلا مثلا بمثل ما رواه مسلم (١٥٩٢) عن معمر بن عبد الله، أنَّه أرسل غلامه بصاع قمح، فقال: بعه، ثم اشتر به شعيرا، فذهب الغلام، فأخذ صاعا وزيادة بعض صاع، فلما جاء معمرا أخبره بذلك، فقال له معمر: لم فعلت ذلك؟ انطلق فرده، ولا تأخذن إلا مثلا بمثل، فإني كنت أسمع رسول الله ﷺ، يقول: «الطعام بالطعام مثلا بمثل».

(٤) الحديث من رواية عبادة بن الصامت رضي الله عنه وقد تقدم تخريجه.

أمثالا ، فامتنع به المماثلة ، وبقيت الحرمة .

ولأنه لما قال ﷺ: «جيِّدها ورديئها سواء» عُلم أن الوصف الذي يختلف علىٰ الحنطة بأصل الخلقة بعد وجود اسم الأصل غير معتبر بخلاف القلي ؛ لأنَّ الرِّبا ثبت قبله باسم الحنطة المكيلة ؛ لأنَّها أمثال متساوية قطعًا ، والقلي من صنعتنا ، وليس من أوصاف الحنطة التي تخلق عليها ليسقط اعتبارها ، بل هو صنعنا[١] مانع من ظهور المساواة بالوصف الذي خلقها عليه ، وكانت المساواة عليها شرطًا للجواز .

بخلاف بَلِّ الحنطة بعد اليبس ؛ لأنه وإن كان صنعنا ، فإنه بالتفريق يعيدها إلىٰ ما كانت خلقت عليه قبل أن تيبس ، فإنها تنعقد حنطة وهي رطبة منتفخة ، والمساواة علىٰ تلك الأجزاء شرط للجواز ، والقلي لا يعيد إلىٰ حال توجد عليها[٢] الحنطة بأصل الخلقة ، والمساواة كيلًا شرطُ الجواز بوصف تخلق عليها الحنطة لما صار جيِّدها ورديئها سواء .

ولا يلزم بيع السِّمسم بالدُّهن ، فإنه لا يجوز لعدم المساواة ، وليسا بأمثال متساوية ؛ لأنَّ الرِّبا ثبت لما في السِّمسم من الدُّهن ؛ لأنه لا يثبت إلا في جنس واحد ، وذلك بما فيه من الدُّهن ، وهما علىٰ اعتبار ما فيه أمثال متساوية ، ولكن لا يمكن كيله وإثبات المساواة لاختلاطه بغيره كالحلية علىٰ السَّيف ، حتَّىٰ إذا كان الدُّهن الصافي أكثر جاز ؛ لأنَّ المساواة تثبت بغير كيل ، فإنا نصرف إلىٰ ما فيه من الدُّهن مثلها ، والباقي بإزاء البقل .

---

[١] في حاشية «أ» زيادة (من) ، وفي «ص» (صنعتنا).

[٢] «ص» (وصف آخر توجد عليه).

وأما قوله: «بين الكيلين فضاء» فليس بشيء؛ لأنَّ النَّاس متى تبايعوا كذلك ولم يعتبروا ذلك الفضاء سقط اعتباره، كما سقط اعتبار فضاء ثبت للحنطة بأكل السوس، والله أعلم.

|٩٤٤| مسألةٌ: وأما إذا باع رطبًا بتمر كيلًا بكيلٍ جاز عند أبي حنيفة.

وعندهم: لا يجوز.

لما روي(١) عن النَّبي ﷺ أنَّه سئل عن بيع الرُّطب بالتَّمر، فقال: «أينقض إذا جف؟» فقيل: نعم. فقال: «فلا إذن»[٢] فلا يجوز لتفاوتٍ قائمٍ للحال عند الاعتبار بأجزاء التُّمورة، كما لا يجوز المقلي بغير المقلي[٣] لتفاوتٍ قائمٍ عند الاعتبار بأجزاء غير المقلي؛ لأنَّ تلك الحالة أعدل، بخلاف الجيِّد والرَّديء، لأنَّهما سواء في الدخول تحت الكيل.

قال الشَّافعي ـ رحمه الله ـ: وبهذا الحديث يتبيَّن أن المعتبر للمساواة حال

---

(١) الحديث عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه، وقد رواه أبو داود (٣٣٥٩)، والنسائي (٤٥٥٩/١)، والترمذي (١٢٢٥)، وابن ماجه (٢٢٦٤). قال الترمذي (٥٢٠/٣): «هذا حديث حسن صحيح، والعمل على هذا عند أهل العلم». وقال الحاكم في «المستدرك» (٥٠/٢): «هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه». وقد أعله جماعة بجهالة حال زيد بن عياش، والجواب: أنَّه مولى لبني زهرة، وقد ذكره مالك في الموطإ، وهو لا يروي عن رجل متروك الحديث بوجه، وقد قال فيه الدارقطني: ثقة ثبت. وانظر: «نصب الراية» (٤١/٤)، و«البدر المنير» (٤٧٨/٦)، و«التلخيص الحبير» (٢٤/٣)، و«ميزان الاعتدال» (١٠٥/٢).

[٢] في «ن» وحاشية «أ» زيادة (فالنبي ﷺ أفسد البيع وأشار إلى العلَّة، وهي أن أحد البدلين إذا كان أعدل في الدخول تحت الكيل وجب بناء معرفة المساواة على حال الأعدل، وعند البناء عليه تصير أجزاء الرطب أقل).

[٣] «ص» (المقلو بغير المقلو).

التَّناهي؛ فإن النَّبي ﷺ أبطل [البيع باعتبار][١] التَّفاوت بينهما، قياسًا علىٰ حال صيرورة الرُّطب تمرًا(٢).

ولهذا قال محمد وحده: لا يجوز بيع الحنطة الرَّطبة باليابسة؛ لأنَّ تناهي حالِ الحنطة باليبس، فعند مقابلته بما لم يتناه يجب اعتبار المساواة علىٰ أجزاء المتناهية كما في الرُّطب بالتَّمرة.

ولا يقال: إن الرُّطوبة عيبٌ في الحنطة؛ لأنَّ العيب ما يخلو عن أصل الفطرة السَّليمة، لا ما [لا][٣] يخلو عنه، كالطُّفولة في أولادنا لا يعدُّ عيبًا، وكذلك عدم العقل[٤] سببها[٥].

والكلام لأبي حنيفة علىٰ البناء ما مرَّ: أن المال ما لم يصر أمثالا متساوية لا تجب المساواة شرطًا لجوازها، وما لم تثبت المساواة شرطًا للجواز لا يصير الفضل ربًا، فثبوت الرِّبا دليل علىٰ أن المال الذي فيه الرِّبا أمثال متساوية قطعًا.

ودخل أبو حنيفة - ﵀ - بغداد فسئل عن هذه المسألة، فقال: الرُّطب لا يخلو إما أن يكون تمرًا فيجوز [بقوله ﷺ: «التَّمر بالتَّمر مثلٌ بمثل»(٦)، وإما أن

[١] ما بين [ ] ليس في «ن»، «ص».

(٢) انظر: «الأم» للشافعي (٨٠/٣).

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» «ص»، والمثبت من «ن».

[٤] في حاشية «أ» (سببا العقل).

[٥] «أ»، «ن» (عدم الفعل تشبيها)، والمثبت من «ص». وفي «المبسوط» للسرخسي (١٨٥/١٢): «فإن العيب ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة، فأما ما لا يخلو عن أصل الفطرة السليمة لا يكون عيبا كالصغير في الآدمي، وانعدام العقل بسببه».

(٦) تقدم تخريجه من حديث عبادة بن الصامت ﵁.

لا يكون[١] فيجوز][٢] بقوله ﷺ: «**إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يدًا بيد**»(٣)، وهذا حسنٌ في المناظرات لدفع الخصم.

وأما حكم الحادثة فلا يعرف بها، لجواز قسمٍ ثالثٍ كالحنطة المقليَّة[٤].

والوجه فيه أن يحتج بقوله ﷺ: «**التَّمر بالتَّمر مثلٌ بمثل**»، والتَّمر اسم جنس للثَّمرة الخارجة من النَّخل من أوَّل[٥] ما ينعقد صورة إلىٰ أن يُدرِك، وما يختلف عليه بين ذلك[٦] أحوال وصفات؛ لأنَّ الصُّورة لا تتبدّل بها، كالرُّطوبة في الحنطة واليبوسة، والصِّغر في الآدميِّ والكبر، وعن النَّبي ﷺ: «**أنه نهىٰ عن بيع التَّمر قبل أن تزهي، قيل: وما تزهي يا رسول الله؟ فقال: أن يحمَّر أو يصفر**»(٧) فسمَّاه تمرًا وهو بسر؛ لأنَّ[٨] الرِّبا ثابت بينهما.

والرِّبا لا يثبت إلا بعد المجانسة بين البدلين: إما بعينهما[٩] أو بما في

---

[١] في حاشية «أ» (تمرا)

[٢] ما بين [ ] ليس في «ص».

(٣) تقدم تخريجه.

[٤] «ص» (فلا نعرف به... كالحنطة بالمقليَّة). وفي «المبسوط» للسرخسي (١٢/١٨٦): «ولكن الحجة لا تتم بهذا لجواز أن يكون هنا قسما ثالثا كما في المقليَّة بغير المقليَّة».

[٥] «ص» (أدنىٰ).

[٦] «ص» (يختلف من ذلك).

(٧) رواه البخاري (٢١٩٧)، ومسلم (١٥٥٥) عن أنس بن مالك رضي الله عنه، ولفظ البخاري: عن أنس بن مالك رضي الله عنه، عن النبي ﷺ: «أنه نهىٰ عن بيع الثمرة حتىٰ يبدو صلاحها، وعن النخل حتىٰ يزهو»، قيل: وما يزهو؟ قال: «يحمارّ أو يصفارّ».

[٨] في حاشية «أ» (ولأن).

[٩] «أ»، «ن» (تعيينهما)، والمثبت من «ص».

الضِّمن[١]، ولا مجانسة هنا[٢] بما في الضِّمن؛ لأنه ليس في ضمن التَّمر رطوبة الرُّطب، ولا في[٣] الرُّطب أجزاء تمورة الآخر، بل فيه حالة تنعدم بالجفاف، فثبت أن المجانسة ثابتة بالعين.

وقد ثبت بالمسألة الأولىٰ أن المساواة مبنيَّة علىٰ أيِّ وصفٍ كان مال الرِّبا من الأوصاف التي تختلف عليها الذات خلقةً بعد أن صار مالَ الرِّبا، ولا تبنىٰ[٤] المساواة علىٰ أعدل الوصفين؛ لأنَّ الأعدل في معنىٰ الأجود، وإنه ساقط بالنص.

❖ فإن قيل: أليس إذا حلف: لا يأكل هذا الرُّطب، فأكله بعد ما أتمر لا يحنث، ويتغيُّر الوصف لا تنحلُّ اليمين.

❁ قلنا: تنحلُّ إذا كان الوصف داعيًا إلىٰ اليمين، وهذا وصف داعٍ؛ لأنَّ المرء يمتنع عن الرُّطب[٥] لرطوبته، ويرغب فيه لرطوبته.

ألا ترىٰ: لو حلف لا يأكل هذا الرُّطب وهو تمر انعقدت اليمين[٦]، ولو كان غيره لم ينعقد، كما لو تبيَّن أنَّه عنب[٧] ولو أوصىٰ بهذا الرُّطب لرجل[٨]،

---

[١] في حاشية «أ» زيادة (كما ضم بيع السمسم بالدهن، والزيت بالزيتون، والعنب بالعصير)
[٢] «ن» (ههنا).
[٣] في «ص» وحاشية «أ» زيادة (ضمن).
[٤] «أ»، «ن» (بين)، والمثبت من «ص».
[٥] «ص» (أكل الرطب).
[٦] «ص» (اليمين عليه).
[٧] «ن» «ص» (عيب).
[٨] «ص» (لإنسان).

فأتْمر قبل أن يموت= لم تبطل الوصية، ولو صار شيئًا آخر لبطلت الوصية[١]، كما لو جعله دِبْسًا قبل موته.

وأما أبو يوسف، فإنه جوَّز بيع الحنطة الرَّطبة باليابسة، وقال: القياس في الرُّطب ما قاله أبو حنيفة، لكني تركته بالنص بخلاف القياس.

والجواب عن الخبر: أن مداره على زيد بن أبي عيَّاش، و[٢] كان ضعيفًا في النُّقلة(٣).

ولأنه جاء مخالفًا للحديث المشهور المقبول بالإجماع، [وهو قوله][٤]: «التَّمر بالتَّمر [مثل بمثل كيل بكيل][٥]»؛ لأنَّ النَّبي ﷺ في ذلك الخبر جعل المساواة شرطًا للجواز من [غير][٦] تقييد بحالة، وهذا يقيّد بحالة الاعتدال، وبمماثلة[٧] لا تتغيَّر بالمدة وبالجفاف.

ولما وجب ردُّه على ظاهره حمل على حاله لئلا يردَّ أصلًا، وهو أنَّه يحتمل أنَّه سئل عن بيع التَّمر اليتيم بالرُّطب، فقال: لا يجوز لما فيه من الغبن.

---

[١] «أ»، «ن» (لبطل)، والمثبت من «ص».

[٢] زاد في حاشية «أ» (هو).

(٣) الصحيح في اسمه: زَيْد بن عَيَّاش، أَبُو عَيَّاش الزرقي، وقيل: المخزومي، مولى بني زهرة الْمَدَنِيّ. وتقدم الكلام أن إعلال الحديث بجهالته غير متَّجه. وانظر كلام الحفاظ في زيد بن عياش في: «ميزان الاعتدال» (١٠٥/٢)، و«تهذيب الكمال» (١٠١/١٠)، و«موسوعة أقوال أبي الحسن الدارقطني في رجال الحديث وعلله» (٢٧٣/١)، و«إكمال تهذيب الكمال» (١٦٧/٥).

[٤] ما بين [ ] ليس في «ن».

[٥] ما بين [ ] ليس في «أ» «ن»، والمثبت من «ص».

[٦] ما بين [ ] ليس في «ن».

[٧] «ص» (والمماثلة).

❁ فإن قيل: إن النَّبي ﷺ شرَط للجواز مساواةً مطلقةً، وأنه يدخل فيها القدر والصِّفات جميعا، ثم[1] ذكر الكيل بالكيل تبيينًا لِما تقدر به الذاتان، فبقيت المساواة في الصِّفات ثابتة[2] بقوله: «سواء بسواء»، إلا أنا لم نعتبر من حيث الجودة بنصٍّ آخر، وهو قوله: «جيِّدها ورديئها سواء»، والرُّطوبة والتُّمورة ليسا من الجودة والرَّداءة[3] في شيء، إنما الرَّداءة اسم لمعان تعدُّ[4] عيبًا عند المقابلة بالجودة، فسقط اعتبار المساواة في هذا الباب، لا غير.

❁ قلنا: إن الشَّافعي - رحمه الله - لا يجوز بيع الرُّطب بالرُّطب والوصف واحد، وكذلك الباقلَّاء بالباقلَّاء.

ثم الجواب ما ذكرنا؛ أن المال لا تشترط فيه المساواة للجواز حتَّىٰ يصير أمثالًا متساوية قطعًا، ولا يصير إلا بعد أن لا يبقىٰ لأحوال الذَّات في الجنس عبرة وقيمة بانفرادها.

ولأنَّا نقول: أكثر ما يختلف به ماليَّة العين بالجودة والرَّداءة، فلما سقط هذا بالنصِّ دلَّ علىٰ سقوط سائرها من طريق الدَّلالة، بخلاف النقد والنسيئة؛ لأنه ليس من جملة ما تختلف عليه أحوال الخِلقة، بل يثبت بإثباتنا دينًا نسيئة، فأشبه حال القلي.

|٩٤٥| مسألةٌ: إذا باع فلسًا بفلسين بأعيانهما جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

---

[1] «أ»، «ن» (بل)، والمثبت من «ص».

[2] «أ» «ن» (فيبقىٰ المساواة في الصفات ثابتا)، والمثبت من «ص».

[3] (الرداءة) ليست في «أ» «ن»، والمثبت من «ص»، وحاشية «أ».

[4] «ص» وحاشية «أ» (لما يعد).

وقال محمد: لا يجوز.

لأنَّها أثمان فلا تتعيَّن بالتعيين في البيع كالدَّراهم، وإذا لم تتعيَّن بطل البيع، كما لو لم يتعيَّن.

ولهما: أنَّه باع عينًا عدديًا بعينين عدَدِيَّيْن فيجوز، كالجوزة بالجوزتين.

وإنما قلنا عينًا؛ لأنَّ عدم التعيين من جهة أنها أثمان، فإنها بعد الكساد تتعيَّن، وإنما صارت هي أثمانًا باصطلاح النَّاس، لا بالصنعة[١].

ألا ترىٰ أنَّ النَّاس إذا اصطلحوا علىٰ كسادها كسدت وصارت سلعة، وإنَّهما قد عيَّناها لجواز العقد، فإنَّهما قصدا الجواز بهذا التعيين؛ لأنَّ العقد لا يجوز [علىٰ][٢] غير عيْن، ولن يتعيَّن ما لم يصر سلعة، ولا يصير سلعة ما لم يكسد، ولا كساد إلا بعد رفع الاصطلاح علىٰ الرَّواج، فصار هذا منهما رفعًا للاصطلاح علىٰ الرَّواج في حقِّ ما بينهما، ولهما علىٰ أنفسهما ولاية، فارتفع في حقِّهما وصارت سلعة.

وهذا كالمحكَّم[٣] يصير كالقاضي من جهة الإمام في حقِّ ما بينهما[٤]؛ لأنَّهما ولَّياه الحكم عليهما، ولهما علىٰ أنفسهما ولاية، فصار كالذي ولَّاه عامة النَّاس في حق الجملة، بخلاف الدَّراهم، لأنَّها أثمان صنعة[٥] لا اصطلاحًا،

---

[١] «أ»، «ن» (بالصيغة)، والمثبت من «ص».

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» «ن»، والمثبت من «ص».

[٣] «ص» (كحكم المحكم).

[٤] في حاشية «أ» (ما بين المتحاكمين).

[٥] «أ»، «ن» (صيغة)، والمثبت من «ص».

فلم يرتفع[١] باصطلاحهما كما لا يرتفع باصطلاح الجملة.

ألا ترىٰ أن الزكاة فيها تجب كيف ما أمسكها، لأنَّها للتجارة صنعة[٢] وسائر الأموال إذا أمسكت للبذلة خرجت عن التجارة، لأنَّها صارت للتجارة بتجارة مالكها لا بنفسها، وهذا لأنَّها مادامت رائجة فهي أمثال متساوية قطعًا، لأنَّه لا قيمة للجودة منها، فكانت المساواة شرطًا لجوازها[٣]، ومتىٰ كسدت صارت للجودة قيمة لزوال الاصطلاح، ولما صارت لها قيمة لم تكن أمثالًا متساويةً، فلم تجب المساواة شرطًا للجواز، والله أعلم.

|٩٤٦| مسألةٌ: إذا باع سويقًا بدقيق لم يجز عند أبي حنيفة بحالٍ.

وعندهما: يجوز بكل حالٍ.

واحتجا في الأصل(٤) بأنَّهما شيئان مختلفان؛ لأنَّ كل واحد منهما بحيث لا يعود إلىٰ صاحبه.

وبيان صحَّة ذلك: أن الاسم مختلف، والمقصود مختلف، كما اختلف اسم الشَّعير والحنطة، والمقصود منهما.

ولأنَّ الثياب أجناس مختلفة لاختلاف المقاصد منها، وإن كان أصل الكلِّ[٥] قطنا، والصُّورة واحدة، فهذان اللذان اختلفا مقصودا واسما أوْلىٰ.

---

[١] في حاشية «أ» زيادة (ذلك)

[٢] «أ»، «ن» (صيغة)، والمثبت من «ص».

[٣] «ص» (لجواز بيعها).

(٤) انظر: «الأصل» للشيباني (٥/٥٣).

[٥] «أ» «ن» (كان الأصل)، والمثبت من «ص».

بخلاف الحنطة المقليَّة بغير المقليَّة[١] ؛ لأنَّ اسم الحنطة قائم فيهما ، وإنما اختلف بالقلي الوصف إلىٰ نقصان فوتِ نفعِ البذر ، ومثل هذا الاختلاف لا يلحقه بجنسين ، كما لو عفن[٢] إحداهما ، أو يبقىٰ بالاسم شبهة المجانسة ، والرِّبا يجب بالشبهة علىٰ ما ذكرنا بعد هذا .

ألا ترىٰ أن الآخر بحيث يصير مقليًّا[٣] إلا أن الشَّرع اعتبر المختلفين[٤] علىٰ حال ما قبل القلي ، فحرُم لفوات المخلِّص .

وأما الطَّحين فهو عين[٥] الحبِّ ، والاسم يحدث به ، وقد حدث لكل واحد منهما اسم علىٰ حدة ؛ هذا دقيق ، وهذا سويق ، كاسم الشَّعير والحنطة يحدثان بانعقاد الصُّورة ، فدلَّ اختلافهما علىٰ اختلاف مسمَّيْهما .

وكذلك الحنطة بالسَّويق لا يجوز ؛ لأنَّ الحنطة تقلىٰ ، وما فيه تغير[٦] جنس ؛ لأنَّا ذكرنا أن الحنطة المقليَّة جنس لغير المقليَّة ، فلا يبطل معنىٰ الجنسية الموجبة للرِّبا بالطَّحن ، وإن كان يصير[٧] شيئًا آخر كالدَّقيق بالحنطة ، فإنَّ الدَّقيق غير الحنطة ، والرِّبا ثابت[٨] لاعتبار الضِّمن ، أو يبقىٰ بهذا التَّرتيب شبهة المجانسة .

---

[١] «ص» (المقلوة بغير المقلوة) .

[٢] «ص» (عفنت) .

[٣] «ص» (أن الأخرىٰ بحيث تصير مقلوة) .

[٤] في حاشية «أ» (المخلص) .

[٥] في حاشية «أ» (غير) .

[٦] «ن» (وما فيه بغير) . «ص» (وما فيها بغير) .

[٧] «ص» (كانت تصير) .

[٨] في حاشية «أ» زيادة (بينهما)

فأما إذا صارا[١] طحينين فلا يجري الرِّبا بينهما للضِّمن، فليس أحدهما بمتضمِّن للآخر، بل لعينيْهما، واسم العينيْن[٢] مختلف.

وكانا[٣] كثوبين، أحدهما هرَوي والآخر مرْويٌّ(٤)، لم يكن بينهما مجانسة، وإن كان الأصل غزلًا؛ لأنَّ الاسم يحدث بالنَّسج، والصَّنعة مختلفة في حق المقصود به.

ولأبي حنيفة: أن بيع المقليَّة[٥] بغير المقليَّة ربًا لتجانسهما بصورتيْهما على ما مرَّ.

ألا ترى أن هذا الرِّبا لا يثبت إلا بعد الجنس إما بالعينيْن[٦] أو بالضِّمن، وليس في ضمن المقليَّة غير المقليَّة، ولا في ضمن غير المقليَّة[٧] مقليَّة، فثبت أن الرِّبا جارٍ[٨] بالمجانسة عينًا، وإذا كانا جنسًا قبل الطَّحن، فكذا بعده، كالطَّحينين[٩] مقليَّين أو غير مقليَّين؛ وهذا لأنَّ الطَّحن صنعة واحدة، فلا يتبدَّل به جنس المصنوع؛ إلا أن يكونا جنسين قبل الطَّحن.

---

[١] «ن» (أصاب).

[٢] «أ» و«ن» (التعيين)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٣] «ص» (وصارا).

(٤) ثوب هَرَوِي بالتحريك، ومَرْوِي بالسكون، وهما منسوب إلى هَرَاة ومَرْو، قريتان معروفتان بخراسان. وقيل: تقعان على شط الفرات. انظر: المغرب في ترتيب المعرب (ص: ٤٤٠، ٥٠٣).

[٥] «ص» (الحنطة المقليَّة).

[٦] «ص» (بالتعيين).

[٧] «أ» (الربا). والمثبت من «ن» و«ص».

[٨] «ن» (جادى).

[٩] في حاشية «أ» (كالحنطتين غير مقليتين).

❁ **فإن قيل**: القلي عيب ونقصان، يفُوت به بعض أغراض الحنطة، وبالنُّقصان لا يتبدّل الجنس، فأما إذا طحنًا فالسَّويق ينتفع به لوجوه لا ينتفع بها بالدَّقيق[١]؛ فيصيران جنسين باختلاف المنافع بالطَّحن، وباختلاف الاسم.

وبيان ذلك: أن الحنطة قبل الطَّحن لا تؤكل عادة، ولكن تبذر وتطحن للأكل، وبالقلي تفوت فائدة البذر، فكان نقصانا لا غير، وبعد الطَّحن لا تبذر، ولكن تؤكل، ومنفعة الأكل منهما مختلفة: فالدَّقيق يخبز منه أشياء، ويؤكل بعد الخبز أو الطَّبخ بالماء، كالعصائد والإطرِيَة[٢] ونحوها، والسَّويق يؤكل كذلك، ولا يتهيَّأ منه الخبز[٣].

فصارا جنسين باختلاف منافعهما كالثوبين[٤] بعد النَّسج أو أشد، فكل ثوب نوع لو لبس مكان الآخر نفع مثله، أو قريبًا منه[٥].

ووجه آخر: أن بيع السَّويق بالحنطة لا يجوز لا[٦] لتجانس بالعين، فالطحين **عندنا** غير الحنطة على ما مرَّ في الغصب؛ لكن لتجانس بما في ضمن الحنطة، والذي في ضمنها دقيق، فلو لم يكن الدَّقيق من جنس السَّويق لما ثبت الرِّبا بينهما باعتبار المجانسة بما في ضمن الحنطة.

---

[١] «أ» و«ن» (ينتفع به الدقيق)، والمثبت من «ص».

[٢] في حاشية «أ» زيادة (والخبيص). والإطريةُ ـ بكسر الهمزة وضمها ـ: طعامٌ يَتَّخِذُه أهلُ الشّام لَيْس له واحدٌ. انظر: «العين» (٧/٤٤٥)، و«تهذيب اللغة» (١٤/٨).

[٣] في حاشية «أ» زيادة (ولا ما ذكرنا)

[٤] «أ» و«ن» (كالثوب)، والمثبت من «ص».

[٥] في حاشية «أ» زيادة (فإن منفعة الثوب اللبس وبعضها يقارب البعض في ذلك)

[٦] «أ» و«ص» (إلا)، والمثبت من «ن».

ولا معنىٰ لاعتبار أن الحنطة مما يقلىٰ فيصير سويقًا ؛ لأنَّه لا ربا بين الزَّرع والحنطة ، والزَّرع بحيث يؤول إلىٰ الحنطة .

إلا أنهما يقولان: الرِّبا بعد الجنسية يعتمد صفة الكيل أو الوزن .

ويقولان أيضًا: إن الرِّبا ثبت بين السَّويق والحنطة ؛ لأنَّ الحنطة تقلىٰ فلا تصير شيئًا آخر ، ويصير في ضمنه من السَّويق[١] ، والزَّرع لا يصير حنطة في ضمنه إلا بولادةٍ[٢] ما لم يكن من صورة الحنطة ، كحبل المرأة بالولد ، فأما الحنطة إذا قليت فليس يحدث ما لم يكن ، ولكن تتبدّل صفتها ، وتبدّل الوصف لا يوجب تبدّل الموصوف ، فتكون الحنطة بعينها متضمنة للسَّويق ، والرِّبا مما يثبت بالشبهة ، فثبت بهذا الطريق الرِّبا بين السَّويق والحنطة التي لم تُقْل ، لا لأنَّ الدَّقيق جنس السَّويق .

ولأنَّا لا نقول إن الدَّقيق قائم في الحنطة ، أو الدُّهن في السِّمسم= فإنه ليس بقائم ، ولكنه بحيث يحدث بالعصر والطَّحن ، فإذا كان الرِّبا يجري لما يحدث بالعصر والطَّحن عن صفة قائمة للحال ، ليست هي[٣] بدهن ، ولا دقيق= كانت الحنطة القائمة علىٰ صفة يحدث[٤] منها السَّويق بالطَّحن ، فإن الأصل فيه لب الحنطة[٥] ، وبالقلي يتغيّر وصفه ولا يحدث أصله .

فهذا وجه حسن ذهبا إليه احتياطًا لباب الرِّبا .

---

[١] «ص» (في ضمنها ومن) .

[٢] في حاشية «أ» (بعد ولادة)

[٣] «أ» و«ن» (ليس هو) ، والمثبت من «ص» .

[٤] «أ» و«ن» (يحدد) ، والمثبت من «ص» وحاشية «أ» .

[٥] «ص» (والأصل فيه لب الحب الحنطة) .

وأبو حنيفة يقول: لمَّا كان لا يحدث من الحنطة سويق بالطَّحن حال ما ثبت الرِّبا بينها وبين السَّويق عُلم أن الرِّبا ثابت على ما يحدث منه على الصفة القائمة، وهو اللب الذي لم يُقْلَ، وإنما يحدث منه الدَّقيق، وأما ما يحدث بحالٍ لم يوجد بعدُ فهو عدمٌ[١]، فلا يبتنى الرِّبا عليه، وهذا قياس ظاهر، وما قالاه[٢] استحسان قوي، والله أعلم.

|٩٤٧| مسألةٌ: وأما إذا باع شاةً بلحم شاةٍ جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف كيف ما كان.

وقال محمد: لا يجوز إلا إذا كان[٣] اللَّحم الخالص[٤] أكثر قياسًا.

وروي - في الأصل - عن النَّبي ﷺ: «أنه نهى عن بيع اللَّحم بالحيوان»(٥).

وعندكم: [يجوز][٦] ولا تثبت الحرمة بأن يقابل الحيوان لحم.

---

[١] في حاشية «أ» زيادة (قبل حاله)

[٢] «ن» (قالا).

[٣] «ن» (أن يكون).

[٤] «ص» (أن يكون الصافي).

(٥) الحديث من مراسيل سعيد بن المسيب، رواه مالك (٩٤٧/٤) برقم: (٢٤١٤/٥٦٧)، والحاكم (٢٢٦٥)، والبيهقي في «سننه الكبير» (١٠٦٨٠)، والدارقطني (٣٠٥٧)، وعبد الرزاق (١٤١٦٢)، وأبو داود في «المراسيل» (١٧٧).

ورواه الدارقطني (٣٠٥٦) مرفوعا من طريق يزيد بن مروان عن مالك بن أنس، عن الزهري، عن سهل بن سعد، ثم قال: «تفرد به يزيد بن مروان، عن مالك بهذا الإسناد، ولم يتابع عليه، وصوابه في الموطأ عن ابن المسيب مرسلا». وقال البيهقي في «السنن الكبرى» (٤٨٣/٥): «هذا هو الصحيح، ورواه يزيد بن مروان الخلال، عن مالك، عن الزهري، عن سهل بن سعد، عن النبي ﷺ، وغلط فيه».

[٦] ما بين [ ] ليس في «ن» «ص».

والمعنىٰ فيه: أنَّه باع الشاة بما يجانس ما في ضمنها ، فلا يجوز إلا أن يكون ما يجانس ضمنها أكثر ، كبيع الحنطة في سنبلها بحنطة [منقاة][١] ، وبيع الشاة المذبوحة بلحم شاة.

وكذلك بيع السِّمسم بدهن السِّمسم[٢] ، بل هذا أوْلىٰ ؛ لأنَّ اللَّحم في الشاة قائم بعينه لكنه مختلط بغيره من الجلد ، والسَّلخ يميز بينهما ، والدُّهن ليس بقائم[٣] ، وإنما يحدث بالطَّحن والعصر.

ألا ترىٰ أن من غصب شاة فذبحها وسلخها لم ينقطع حق المغصوب منه[٤] ؛ لأنَّه لم يستهلك ماله ، إنما فصل بعضه عن بعض ، كما إذا اغتصب ثوبًا فخرقه خرقًا فاحشًا.

ومثله: لو غصب سمسمًا[٥] فطحنه انقطع حق المالك ؛ لأنَّه صار شيئًا آخر ، فلما ثبت الرِّبا بين الدُّهن والسِّمسم مع بُعد أحدهما عن الآخر ، فلأن يثبت ههنا مع القرب أوْلىٰ.

ولا يلزم بيع شاة بشاتين ؛ لأنَّ المجانسة تعتبر[٦] لأعيانهما ، [وأعيانهما][٧] عدديَّة متفاوتة ، والرِّبا لا يثبت بين العدديَّات التي فيها أدنىٰ تفاوت.

---

[١] ما بين [ ] ليس في «ن» «أ» ، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٢] «أ» و«ن» (بالدهن) ، والمثبت من «ص».

[٣] في حاشية «أ» زيادة (كما هو مذهبنا).

[٤] «ص» (حكم المغصوب منها).

[٥] في حاشية «أ» زيادة (فعصره أو حنطة).

[٦] «ن» (تغيير).

[٧] ما بين [ ] ليس في «أ» والمثبت من «ن» «ص».

ألا ترىٰ أنَّه لو باع جوزة بجوزتين يجوز، ولو باع الجوز بدهن الجوز لم يجز حتَّىٰ يكون الصافي أكثر.

ولا معنىٰ بأن يقال: «بأن الشاة ليست بموزونة ولا ما فيها؛ لأنَّه لو فصل كذلك لم يوزن»؛ لأنَّها متىٰ فصلت بغير ذبح تصير ميتة فلا يوزن لحرمته، كالعصير مكيلٌ، وإن تخمر لم يُكَل، لا لأنَّه غير مكيل، بل لأنَّه ليس بمال متقوم، ولا بمتمول، فكذلك لحم الميتة موزون يعرف قدره بالوزن، ولكن لا يستقل به؛ لأنَّه ليس بمال متمول.

ومعنىٰ قولنا: «موزون» أن قدره يعرف بالوزن، فأما الحلُّ والحرمة فباب شرعي؛ ولأنَّ اسم الشاة لا يبطل بالذَّبح، فالذَّبح لا يوجب فيها [شيئًا][1] بناءً علىٰ اسم الشاة إلا نقصانًا، كالقلي في الحنطة.

ثم الرِّبا ثابت بين الحنطة والسَّويق؛ لأنَّه يخرج منها السَّويق بعد القلي الذي لا يبطل اسم الحنطة، فكذا هذا.

ولا [معنىٰ بأن][2] يقال: بأن اللَّحم الذي فيها ليس بوزنيٍّ؛ لأنَّا وإن سلمنا فالرِّبا يثبت بين موزون قوبل بجنسه، لا إذا قوبل بالموزون، كما في المكيل من الحنطة إذا بيع بحفنة كان ربًا؛ لأنَّه مكيل قوبل بجنسه، وإن لم تكن الحفنة مكيلة، فكذا ههنا؛ إذا باع اللَّحم الموزون بجنسه ثبت الرِّبا، وإن كان ما في الشَّاة لحم حتَّىٰ لا يوزن، فهذا كلام حسن ظاهر.

ووجه الاستحسان: أن اللَّحم الذي في الشاة ليس بجنس للمفصول معنىٰ

[1] ما بين [ ] ليس في «أ» والمثبت من «ن».
[2] ما بين [ ] ليس في «ن» «أ»، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

وحكمًا، فلا يثبت بينهما ربا، كالثوب الهرَوي بالمرْوي.

وإنما قلنا ذلك؛ لأنَّ المفصول لا يصلح إلا للأكل، والحي يعتبر للرّسل والنَّسل والتَّربية ليزداد في نفسه، والأكل آخرها، فكان التغاير بينهما معنًى أكثر من التغاير بين الثوب الهرَوي والمرْوي وبين ذكور بني آدم وإناثهم؛ وهما جنسان بالإجماع لتغاير المنافع.

حتَّى إذا باع مملوكا على أنَّه عبد، فإذا هي أمة، لم يجز البيع، كما لو باع شاة، فإذا هي ظبية، ولو جعِلا جنسًا [واحدًا][١] لجاز، كما لو[٢] باع شاةً على أنها نعجة فإذا هي كبش؛ فإن البيع جائز، وللمشتري الخيار لتغيّر الوصف.

ولأنَّ الموزون: ما يظهر قدر ماليَّته بالوزن، واللَّحم الحي لا يظهر [قدر][٣] ماليَّته بالوزن، فإنك تجد بعيرين يستويان وزنًا، وبين القيمتين تفاوت كثير، لاختلاف معانٍ تُبتغى من الأحياء من الركوب والحمل والنَّسل وغيرها، وكذلك الثوران والبقرتان.

ولما لم تظهر الماليَّة بالوزن في الأحياء علم أن اللَّحم الحي غير موزون، وإذا لم يكن موزونا فإن دخل تحت الوزن علم أنَّه جنس آخر معنًى، بخلاف الحفنة من الحنطة؛ [لأنَّها لا تكال][٤] لأنَّها[٥] لا تدخل تحت الكيل لقلتها، لا لأنَّها في نفسها لا يظهر قدر ماليَّتها بالكيل لو دخلت، حتَّى [إذا][٦] صارت

---

[١] ما بين [ ] ليس في «ن» «أ»، والمثبت من «ص».

[٢] «ن» «ص» (إذا).

[٣] ما بين [ ] ليس في «ن».

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» والمثبت من «ن» و«ص».

[٥] «ص» (لما أنها).

[٦] ما بين [ ] ليس في «أ» والمثبت من «ن» «ص».

بأمثال أخر قابلة للكيل عرف قدرها بالكيل، فلم يدل امتناع الكيل للقلّة على اختلاف المجانسة، وإنما يدل إذا كانت بحيث يكال، ولا يظهر قدر الماليَّة به كاللَّحم الحي الذي ذكرناه. وأما الحديث فإنْ ثبت لابدَّ أن يقال به.

|٩٤٨| **مسألةٌ**: إذا باع كُرًّا(١) حنطة وكُرَّ شعيرٍ بثلاثة أكرارِ حنطة وأكرارٍ[٢] شعير، فإنه يجوز على قول **علمائنا الثلاثة**، ويصرف الجنس إلى خلاف الجنس احتيالا للجواز.

وقال زفر والشَّافعي(٣): لا يجوز [قياسًا][٤].

وكذلك إذا باع دينارا ودرهما بدينارين ودرهمين جاز **عندنا** استحسانا.

وقال زفر والشَّافعي -رحمهما الله-: لا يجوز قياسا(٥)، لقوله ﷺ: «والفضل ربا»(٦).

ولأنَّ صفقة البيع متى اشتملت على أبدال مختلفة انقسم كل بدل على ما يقابله من الأبدال، لا على بدل بعينه من الجملة، كمن اشترى عبدا وأمة وفرسا بثوب وكر حنطة وخمسين دينارا، وإذا كان كذلك صار مثلا بمثل وزيادة مع اتفاق الجنس.

---

(١) الكُرُّ: من المكاييل المشهورة عند أهل العراق، ومقداره ستون قفيزا، وتقدم معنى القفيز. انظر: «المخصص» (٣/٤٤٠)، و«الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي» (ص: ١٤٠).

[٢] في حاشية «أ» (ثلاثة أكرار).

(٣) انظر: «الأم» للشافعي (٣/٣٥)، و«مختصر المزني» (٨/١٧٤)، و«الحاوي الكبير» (٥/١١٣).

[٤] ما بين [ ] ليس في «ن».

(٥) انظر: «الأم» للشافعي (٣/٣٥)، و«مختصر المزني» (٨/١٧٥)، و«الحاوي الكبير» (٥/١٤٣).

(٦) تقدم تخريجه.

والدليل على وجوب القسمة هكذا: أن المقابلة بين الأبدال مطلقة، فلا يثبت بها التميز والتعيين، وفي صرف الجنس إلى خلاف الجنس تعيين.

ووجه الاستحسان[١]: ما روي عن النَّبي[٢] ﷺ: «إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم[٣]»، والدِّينار والدِّرهم نوعان.

وأما المعنى فيها، فإن المبادلة وقعت مطلقةً غير متناولة لصفتي التعيين أو التقسيم على الجملة، فإنه كما لم يقل: «هذا بهذا»، لم يقل: «هذا بالجميع»، أو: «ببعض[٤] من جميع الأبدال»، فلا يثبت بنفس[٥] المبادلة صفة متعيِّنة من الوصفين؛ لأنَّه زيادة لا تثبت إلا بدليل.

ولما وجب الوقف لبيان[٦] صفة المبادلة على الدّليل قلنا ـ في سائر البيوع ـ: ليس بعض البدل بأولى من بعض من جملة الأنواع، والمنازعة بمطلق المبادلة سواءٌ في الكل، فانقسم كل بدل على الكل بحكم المعارضة والمساواة، لا بموجب النص من المقابلة، كالغرماء إذا استووا في التركة قسمت [بينهم][٧] على السواء بحكم المعارضة؛ لأنَّ أصل المداينة أوجبت الشركة بينهم، وإذا كانت القسمة على السواء بحكم المعارضة دارت معها.

وقد عدمت المعارضة في مسألتنا هذه؛ لأنَّ الشَّرع شرع العقد للجواز لا

[١] في حاشية «أ» زيادة (في ذلك).
[٢] في حاشية «أ» زيادة (أنه قال).
[٣] في حاشية «أ» زيادة (بعد أن يكون يدا بيد).
[٤] «ن» (ينقضي)، في «أ» (ببعضي)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ» (ببعض).
[٥] «ص» (بتعيين).
[٦] «ن»، «أ» (للبيان)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».
[٧] ما بين [ ] ليس في «ن» «أ»، والمثبت من «ص».

للفساد، فإن الفاسد شيء[١] مشروع ومنهي فلا يعارض الصَّحيح، وإذا سقطت المعارضة زالت العلَّة الموجبة للإشاعة، فلم يثبت.

ولا يلزم التَّمر بالتَّمر؛ لأنَّ الرِّبا يثبت بأنه مكيل، وذلك من حيث إنَّه تمر، وإنه اسم للُّب والنَّوىٰ جميعا، فلم يصيرا شيئين من حيث كان مال الرِّبا، كالحنطة شيء واحد، وإن اشتملت علىٰ القشر واللُّب.

وكذلك اللَّحم مع العظم؛ لأنَّه موزون، كذلك مركبًا خلقة، وكذلك يباع[٢]، فالعظم به قوام اللَّحم كالنوىٰ للتمر، وإذا كان البدل واحدًا من الجانبين لم يتصور جنسان.

ولا كذلك السَّيف المحلَّىٰ بالسَّيف المحلَّىٰ أو الشاة المذبوحة بشاة؛ لأنَّ الحلية غير السَّيف في الأصل قبل التركيب، وكذلك بعد التركيب؛ لأنَّه تركيب تجاوُرٍ كالجذع في السّقف يقبل الفصل، فلم يسقط به حكم الجنسين.

وكذلك الجلد والشاة بعد الذَّبح [جنسان؛ لأنَّ الجلد بعد الذَّبح][٣] للسلخ والفصل، فاعتُبرا شيئين لما صارا معدًّا له.

ألا ترىٰ أنَّه لو باع الجلد وحده وسلخ وسلم أجزاءه، وكذلك الحلية، إلا أنَّه يفسد إذا لم يسلم[٤]؛ لأنَّ في تسليمه ضررا فلا يجبر عليه.

ولا يلزم إذا اشترىٰ عبدًا بألف درهم نسيئة ولم ينقد[٥] الثَّمن، وقيمته

---

[١] «ص» وحاشية «أ» (بين).

[٢] «ص» وحاشية «أ» زيادة (ويقتنىٰ).

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» والمثبت من «ن» و«ص».

[٤] «ص» (يسلمه).

[٥] «أ» «ن» (يقبض)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

ألف، وعبدًا آخر منه قيمته ألف بألف، ونقد[١]، ثم باعهما جميعًا منه بألف وخمسمائة، فإنه لا يجوز فيما لم ينقد[٢]، وقسم الثَّمن علىٰ قدر القيمتين، وإن كانت القسمة علىٰ القيمة بحكم المعارضة علىٰ ما مرَّ، ولم تصر جهة الجواز أولىٰ، ولم يصرف إلىٰ الذي لم ينقد ثمنه[٣] مثل ثمنه حتَّىٰ يجوز،

هذا لا يلزم؛ لأنَّ[٤] الجواز في أن لا يكون الثَّمن الثَّاني أقلّ من الأوَّل، لا[٥] في أن يكون مثله، فلا يثبت المثل بجهة الجواز، وأن لا يكون أقلّ من الأوَّل لا يجعل حصَّته[٦] معلومة بوجه؛ فلا يثبت به الجواز كما لو شرط كذلك شرطا؛ لأنَّ أحد الوجوه إذا تعيَّن صار كالمشروط.

❁ فإن قيل: هذا يبطل بالوكيل بالبيع، فإنه يملك بها[٧] الفاسد كما يملك الصَّحيح، ولم يكن الصَّحيح أوْلىٰ.

❁ قلنا: هذا لا يلزم لما قلنا: إن مطلق البيع لا يتناول أوصافه، كتحرير الرقبة في باب الظِّهار لا يتناول الوصف، ولا يتعلق الإيمان[٨] بوصف زائدٍ علىٰ مطلق الرقبة، وكانت الزِّيادة نسخا، فكذلك البيع المطلق لا يتناول الوصف، ويكون الائتمار به بما سمي بيعًا لا تعلّق[٩] لصحَّته بصفة الحلِّ ولا الحرمة،

---

[١] «ص» (قيمته ألف درهم بألف درهم، ونقده).
[٢] في حاشية «أ» (قبل أن ينقد).
[٣] «ص» (منه).
[٤] «ن» (لا).
[٥] «أ» (إلا).
[٦] «أ» (حصة).
[٧] «ص» (به).
[٨] «أ» و«ص» (الائتمار)، والمثبت من «ن».
[٩] «أ» (يتعلق)، والمثبت من «ن» «ص».

فالوكيل بأي وصف أتىٰ به كان مؤتمرًا بحكم الأصل لا الوصف، وكان تعيين الوصف بالوكيل، كالمكفِّر إذا عيَّن الأنثىٰ أو الذكر يعين الوصف بتكفيره، لا بأمر الله تعالىٰ، وجاز التكفير بالأصل لا بالوصف.

وفي مسألتنا: الله تعالىٰ أمر بالبيع، والرِّبا من البيع علىٰ ما قلنا، والعبد ما عين جهة الرِّبا لتتعيَّن بتعيينه، فإذا عين تعيَّن، ودخل[١] تحت الأمر أيضًا كما في أمر العباد[٢]، بل أتىٰ بمقابلة مطلقة من غير نصٍّ علىٰ صفة الإشاعة والتَّقسيم، ولا صفة التَّمييز والتعيين، والمقابلة تحتمل الأمرين جميعًا، والمحتمل لا يكون حجَّة، إلا أن الأبدال لما استوت في حق[٣] المقابلة من كل وجه ثبتت المعارضة، فانقسمت علىٰ الشُّيوع بحكم المعاوضة.

وإذا لم يستويا[٤] وكان بعض الوجوه علىٰ الجواز وبعضها علىٰ الفساد =لم يشع لعدم العلَّة الموجبة للإشاعة، فثبت أنا لم نزد صفة الصحَّة علىٰ المطلق بسبب الفساد، فلم يلزمنا مسألة التوكيل بالبيع إنما أثبتنا قيام المعارضة بين الصَّحيح والفاسد، ولا معارضة في حق الوكيل، بل الأولىٰ أن يأتي بالصَّحيح.

وأشبه ما قلنا: من اشترىٰ قُلبا وزنه عشرة وثوبًا قيمته عشرة بعشرين درهمًا، ونقد عشرة في المجلس= انصرف النقد إلىٰ القُلب خاصة[٥] وإن لم يعين، بخلاف سائر العقود، ولأنَّ الانصراف إلىٰ [الشيوع يجعل[٦] العقد في حصة

[١] «ص» (عينت تعيَّنت ودخلت).
[٢] «ص» (العبادة).
[٣] «ص» (حكم).
[٤] «ن» (تستو).
[٥] «أ»، «ن» (وقبض عشرة انصرف إلىٰ القُلب خاصة)، والمثبت من «ص».
[٦] «أ» «ن» (يحصل)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

القُلب ربًا كالزِّيادة في مسألتنا هذه، فصار الانصراف إلى][1] حيث يبطل جهة الرِّبا أوْلى عند وقوع النقد مطلقًا من غير تعيين ولا قسمة، كالتسمية في مسألتنا [هذه][2].

/٩٤٩/ مسألةٌ: إذا اشترى ما باع بأقلّ مما باع[3] قبل نقد الثَّمن لم يجز استحسانًا عندنا.

وقال الشَّافعي - رحمه الله -: يجوز قياسا(٤).

لأنَّ الرِّبا في مقابلة الثَّمن بجنسه، ولا مقابلة بين الثَّمن الأوَّل والثَّاني.

إلا أنا تركنا هذا [القياس][5]، وأثبتنا المقابلة بين الثَّمنين حكمًا بحديث عائشة - رضي الله عنها -: فإن امرأة أتتها وقالت: «إنِّي اشتريت من زيد بن أرقم جارية إلى العطاء بثمانمائة درهم، ثم بعتها منه بستمائة»، فقالت عائشة: «بئس ما شريت، وبئس ما اشتريت، أبلغي زيد بن أرقم أن الله تعالى أبطل عليه حجَّه وجهاده[6] إن لم يتب عن هذا»(٧).

---

[١] ما بين [ ] ليس في «ن».

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» «ن»، والمثبت من «ص».

[٣] «ص» (باعه).

(٤) انظر: «الأم» للشافعي (٧٩/٣)، و«مختصر المزني» (١٧٥/٨)، و«بحر المذهب» للروياني (٥٧٤/٤).

[٥] ما بين [ ] ليس في «أ» «ن»، والمثبت من «ص».

[٦] في حاشية «أ» زيادة (مع رسول الله).

(٧) رواه عبد الرزاق الصنعاني (١٤٨١٢)، والدارقطني (٣٠٠٢)، والبيهقي في «السنن الصغير» (١٩٤٢). وفي سنده العالية بنت أيفع وهي مجهولة. قال الدارقطني في «سننه» (٤٧٧/٣):=

وهذا حكم لا يعرف بالقياس من وجهين:

أحدهما: فساد البيع بهذه المقابلة.

والثَّاني: بلوغ إثم هذه المعصية ما يقابل ثواب الحج والجهاد مع رسول الله ﷺ.

ولا يقال: إنها قالته لمكان البيع إلىٰ العطاء؛ لأنَّها كانت تجيز البيع إلىٰ العطاء، وإنما ألحقت البئس بالعقديْن جميعا لأنَّها قصدت بالأوَّل الآخرَ، وبهذا القصد يأثم الإنسان بالبيعين جميعا.

وضرب من الاحتياط يدل عليه، وهو: أنَّه تبين بالبيع[١] الثَّاني أنَّه لم يكن للبائع غرض سوىٰ استحقاق زيادة دراهم علىٰ المشتري بلا عوض في المعنىٰ؛ لأنَّ العبد عاد إليه كما كان، ولا يلزم إذا اختلف الجنس لأنَّ الفضل لا يظهر إلا بعد التقويم، والتقويم لا يجب بحكم العقد، فلا يظهر الفضل.

وكذلك القياس إذا كان أحد الثَّمنين دراهم والآخر دنانير، إلا أنا لم نجوزه استحسانًا احتياطًا لأمر الرِّبا؛ لأنَّ الدنانير والدَّراهم جعلا جنسًا واحدًا حكمًا في باب ضمان التجارات، وفي باب الزكاة والمضاربات، والباب باب ضمان تجارة، فاعتبرا جنسًا واحدًا، والله أعلم.

= «أم محبة والعالية مجهولتان لا يحتج بهما». وقال البيهقي في «السنن الصغير» (٢/٢٦٥): «وامرأة أبي إسحاق لم تثبت عدالتها، وقد أشار الشافعي إلىٰ جميع ما ذكرناه من تضعيف الحديث وتأوله».

[١] الترجمة ليست في «ن».

|٩٥٠| مسألةٌ[١]: ومن جملة ربا الفضل عندنا: مسألة إذا اشترىٰ نخلًا بكُرِّ تمرٍ فلم يقبض حتَّىٰ أثمر[٢] النخل كُرًّا من تمر= تصدَّق بالكُرِّ عندنا.

وقال الشَّافعي - رحمه الله -: حلال له ذلك(٣).

وكذلك إذا اشترىٰ عبدًا يساوي ألفين بألف درهم فقتل[٤] قبل القبض، فأخذ المشتري قيمته ألفي درهم تصدَّق بألف عندنا.

وعنده: لا يتصدق.

واحتج: بأن هذه زيادة تفرَّعت من ملك له حلال، فيحلُّ له قياسًا علىٰ الحادث بعد القبض، وقياسًا علىٰ الكسب الذي يكسبه العبد المبيع قبل القبض؛ فإنه يحل للمشتري.

وهذا؛ لأنَّ الزِّيادة إنما تحرم إذا صارت ربًا، وإنما تصير ربًا إذا كان فضلًا مستحقًا بالبيع مع قيام علَّة الرِّبا، وهذا الفضل ما استُحقَّ بيعًا، بل بسبب آخر، وهو كون الأصل ملكًا له.

ولهذا قال الشَّافعي - رحمه الله -: لو ولدت الجارية المبيعة قبل القبض لم يكن للبائع أن يحبس الولد بالثَّمن، بمنزلة الكسب، وإذا قبضهما [المشتري][٥]

---

[١] «أ» (حتىٰ إذا أثمر)، والمثبت من «ن» «ص».

[٢] «أ» (حتىٰ إذا أثمر)، والمثبت من «ن» «ص».

(٣) لم أقف علىٰ نصٍّ للشافعية في هذه المسألة ولا التي بعدها، والأصل عندهم أن الزيادة المنفصلة الحادثة في المبيع ـ بعد البيع ـ من نصيب المشتري. وانظر: «الحاوي الكبير» (٦/٢٧٩)، و«الوسيط في المذهب» (٤/٢٧)، و«المهذب» للشيرازي (٢/٥١).

[٤] «أ» «ن» (فقبل)، والمثبت من «ص».

[٥] ما بين [ ] ليس في «أ»، «ن»، والمثبت من «ص».

جميعًا ثم وجد بالأم عيبًا ردَّهما[١] بجميع الثَّمن، ولا يكون بإزاء الولد شيء، وإذا استهلكه البائع ضمن قيمته(٢).

وكذلك الزِّيادة المتولدة من الأصل بعد القبض من ولدٍ أو أرشٍ لا تمنع الفسخ [عنده][٣]، بل يرد الأصل ويسلِّم[٤] الزِّيادة للمشتري بلا شيء، كالكسب(٥).

وهذا كله[٦] لأنَّ الزِّيادة تولدت من الأصل، والملك للمشتري قائم فيه، والعقد لفظ قد مضىٰ فسرىٰ إلىٰ الولد حكمه ـ وهو الملك ـ دون العقد، فيصير للمشتري ملكًا مستفادًا بالملك؛ لا بالعقد، فيصير وجوده وعدمه بمنزلة في حق البيع[٧] وكان بمنزلة سائر أملاكه.

ولا يلزم ولدَ المكاتبة فإنه مكاتب؛ لأنَّه يصير مكاتبًا لا بالسِّراية، بل بملك الولد، كما لو اشترت ولدها.

وفي المسألة [الأخيرة دلائل علىٰ الخصوص تدل علىٰ أن العقد لم يسر إلىٰ الزِّيادة، منها:

---

[١] «أ»، «ن» (ردها)، والمثبت من «ص».

(٢) انظر: «المهذب» للشيرازي (٢/٥١)، و«تحفة المحتاج» (٤/٣٨٦)، و«نهاية المحتاج» (٤/٦٧).

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٤] «أ» (وسلم)، والمثبت من «ن» و«ص».

(٥) انظر: «مختصر المزني» (٨/١٨٠)، و«الحاوي الكبير» (٥/٢٤٤)، و«البيان في مذهب الإمام الشافعي» (٥/٣٠١).

[٦] في حاشية «أ» (لمعنىٰ).

[٧] «ص» (المبيع).

أن الفسخ][1] لا يرد على هذه الزِّيادة[2] بحال، لا مقصودًا، ولا تبعًا للأصل بلا خلاف، وما دخل تحت العقد أصلًا أو تبعًا دخل تحت الفسخ كذلك أصلًا أو تبعًا، كالنصف شائعًا، والأطراف والولد قبل القبض على أصلكم، فإن الملك ينفسخ فيه بفسخ الملك في الأصل، وما دخل على أصلكم إلا تبعًا بحق السِّراية حتَّى لا يكون بإزائه ثمنٌ إن هلك.

وكذلك لا يقابل الولد شيء من الثَّمن بحال، فإنه إن تلف[3] بنفسه أو أتلفه المشتري لم يكن بإزائه ثمن، حتَّى لو ردَّ الأم بعد هلاكه ردَّ بجميع الثَّمن.

وما دخل تحت العقد تبعًا أخذ قسطًا من الثَّمن إذا صار مقصودًا، فإن المشتري إذا قبض الطرف بالجناية حتَّى صار مقصودًا[4] تأكَّد على أصلكم حصَّتها من الثَّمن[5].

وكذلك لو هلك الولد ردَّ الأم بجميع الثَّمن، والولد هالك على مالكه[6]، فيبقى مقصودًا، ولا يبقى شيء من الثَّمن.

وكذلك ولَدُ الهبة بعد القبض لا يكون هبة، ولا يثبت فيه رجوع، ويبقى[7] للموهوب له بعد ردِّ الأصل برجوع الواهب والفسخ من الأصل.

---

[1] ما بين [ ] ليس في «ن».

[2] «ص» (الزوائد).

[3] «ص» (أتلفه).

[4] في «ص» وحاشية «أ» (صار أخذًا).

[5] في «ص» زيادة (ولو أخذها البائع سقط من المشتري حصتها من الثمن).

[6] «أ» «ن» (مالك على ملكه)، والمثبت من «ص».

[7] «ن» (وبيعا).

وكذلك لو اشترىٰ نخلًا بكُرٍّ تمر وقبض، ثم أثمر أكرارًا[١] = حلَّت للمشتري، ولو سرىٰ إليها العقد أو أحد[٢] شبهة السراية لصار ربًا كُرًّا بنخل وأكرار، كما لو حدث التَّمر قبل القبض علىٰ أصلكم.

والذي يبطل ما قلتموه: أن الكُرَّ من التَّمر إذا حدث قبل القبض تصدَّق بالكرِّ الزائد علىٰ أصلكم، وحلَّ، ولو أخذ التَّمر الحادث حصَّة وصار كالموجود عند العقد لصار كرًا بكر ويحل، فيصير الكل ربًا حرامًا، ولا تقتصر الحرمة علىٰ الكُرِّ.

وكذلك قلتم فيمن اغتصب كرَّ حنطة قبله، حتَّىٰ ازدادت فصار كرًّا ونصف، واختار المغصوب منه تضمينه بكرٍّ مثل كرِّه، وسلَّم الفاسد إلىٰ الغاصب= لزمه التصدق بالزِّيادة، ولو اعتبر مبادلة كالشِّراء كان الكل حرامًا، لا الزِّيادة، وإن لم يعتبر فالكلُّ حلال.

ولعلمائنا: ما روي عن النَّبي ﷺ: «أنَّه نهىٰ عن ربح ما لم يضمن»(٣)،

---

[١] «ن» (وقبض تمرًا تمر أكرارًا).

[٢] كذا في الأصول الخطية، ولعلها (أخذ).

(٣) الحديث من رواية عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده ﷺ قال: «نهىٰ رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعة، وعن بيع وسلف، وعن ربح ما لم يضمن، وعن بيع ما ليس عندك». رواه أبو داود (٣٥٠٤)، والترمذي (١٢٣٤)، والنسائي (٤٦٢٥)، وابن ماجه (٢١٨٨)، قال الترمذي (٥٢٨/٣): «هذا حديث حسن صحيح». وقال الحاكم في المستدرك (٢١/٢): «هذا حديث علىٰ شرط جملة من أئمة المسلمين صحيح». ووافقه الذهبي. وصححه ابن خزيمة. ورواية عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده مختلف فيها. وانظر: «نصب الراية» (١٨/٤)، و«بيان الوهم والإيهام في كتاب الأحكام» (٤٨٨/٥)، و«البدر المنير» (٤٩٩/٦).

وروي من طريق ابن عباس ﷺ رواه الطبراني في «المعجم الأوسط» (٢١/٩٠ رقم: ٩٠٠٧)، والبيهقي في «السنن الكبرىٰ» (١٠٦٨٢)، قال البيهقي (٥١١/٥): «تفرد به يحيىٰ بن صالح=

ومن اشترىٰ عبدًا بألف فقتل والقيمة ألفان: فلا شك أن أخذ الألفين ربح ما لم يضمن ، فإن تفسير الرِّبح الزِّيادة علىٰ رأس المال ، [وإحدىٰ[1] الألفين زيادة علىٰ رأس المال][2] من حيث الذات ، بخلاف ما إذا ازداد العبد ؛ لأنَّ الزِّيادة علىٰ رأس المال لا تبين إلا باعتبار القيمة ، وهي غير معتبرة بحق البيع وأحكامه ، وإذا صارت دراهم تحقَّق الرِّبح بلا اعتبار القيمة ، بل بالعين ، فإن القيمة قائمة مقام الأصل كأنها هو.

فأما المعنىٰ في المسألة: فإن سبب الملك في الزوائد المتولدة من الأصل سرايةُ ملك الأصل إليه ، لا بسبب آخر[3] ، بدليل أنَّه لم تباشر سببًا في الزوائد ، والملك لا يثبت إلا بسبب ، فعلم أنَّه سرىٰ إليه ملك الأصل كملك الوارث لما لم يكن بسببٍ علم أنَّه ملك خلافة عن الميِّت ، لا ملكٌ مبتدأٌ ، فبقي علىٰ حكم ملك الميِّت ، فكذلك هذا ، لما لم يكن بسببٍ ابتداءً بقي علىٰ حكم ملك المبيع[4].

وهذا كما قيل: إن ولد أم الولد في حكم أمِّه[5] ، وكذلك المدبَّرة والمكاتبة ؛ لأنَّ الملك في الولد ثبت بالسِّراية ، فثبت علىٰ مثال الأصل في نفسه ووصفه ، وكل حكم ثبت في الأصل ثبت في الولد ؛ لأنَّه بمنزلة الوصف له[6]

= الأيلي وهو منكر بهذا الإسناد» ، وأورده العقيلي في «الضعفاء الكبير» (٣/٣٤٤) من طريق حكيم بن حزام ﷺ ، وقال: «هذا يروىٰ بأسانيد أصلح من هذا».

[1] «أ» (وأخذ) ، والمثبت من «ن».

[2] ما بين [ ] ليس في «ص».

[3] «ص» (لا غير).

[4] «ص» (حكم البيع).

[5] «أ» ، «ن» (أمها) ، والمثبت من «ص».

[6] «أ» ، «ن» (الولد له) ، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

إذا صار يستوفىٰ منه ، فثبت أن الولد يحدث مبيعًا تبعًا للأم ، فصار بمنزلة أوصاف الأم ، حيث صارت مبيعة تبعًا ، فلا يكون مضمونًا إلا بقبض معتبر من البائع بالإتلاف ، أو من المشتري بالقبض المنفصل عن الأصل ؛ لأنَّه تحت القبض المنفصل لا يدخل إلا مقصودًا ، وقبض المبيع من المشتري لا يتصور إلا مضمونًا بالعقد ، فانقلب الولد متبوعًا في حق الضَّمان ، كما لو تناولهما[١] العقد [كذلك][٢].

ومن جانب البائع لا يتصور القبض المضمون سوىٰ الإتلاف ، فإن ضمان الثَّمن لزمه بالعقد لا باليد ، واليد الباقية الحابسة بالثَّمن لا توجب ضمانًا جديدًا.

ولذلك قلنا في الطرف: إنَّه مبيع غير مضمون لو تلِف بنفسه ، وإذا أتلفه البائع ضمن من الثَّمن بقدره ، وكذلك المشتري إذا أتلفه.

وكذلك الأرش ؛ لأنَّه يسري إليه ملك الأصل[٣] لقيامه مقامه ، لا[٤] أن يملك مبتدأ فضلٍ[٥].

[٦] وكذلك الولد الحادث بعد القبض مبيع ؛ لأنَّ ملك الأصل مبيع كذلك ؛ لأنَّه كان مبيعًا ، والشيء إذا ثبت ـ أو الحكم ـ دام كذلك حتَّىٰ يقوم دليل الزوال.

وكذلك يردُّه بالعيب ، ولا يردُّ إلا المبيع ، إلا أن الولد[٧] يكون مضمونًا

---

[١] «أ» (تناولها) ، والمثبت من «ن» و«ص».

[٢] ما بين [ ] ليس في «ص».

[٣] في حاشية «أ» زيادة (حكما).

[٤] «أ» (إلا) ، والمثبت من «ن» و«ص».

[٥] «ص» (لا أن يملك ابتداءً).

[٦] عُنون للمسألة في «ص» بـ(فصل).

[٧] «أ» ، «ن» (الولاء) ، والمثبت من «ص».

بالثَّمن كالولد قبل القبض؛ فإنه لا يكون مضمونًا إلا بفعل مقصود فيه مضمون، وكذلك[1] الفعل المضمون لا يتصور بعد القبض؛ لأنَّ إتلافه للأصل لا يكون مضمونًا عليه لأنَّه ملك صحيح.

فكذلك الولد، فلا يثبت به الضَّمان، كما لا يثبت بقبض البائع قبل أن يسلم= ضمانٌ بإزاء الولد؛ لأنَّه غير مضمون عليه ذلك القبض، إنما لزمه الضَّمان بالعقد، فلهذا بقي الضَّمان كله بإزاء الأم، وامتنع الفسخ فيه [لأنه لا ينفسخ فيه][2] تبعًا للأصل؛ لأنَّه مزايل عنه، ولا مقصودًا؛ لأنَّ ما لم يدخل تحت العقد إلا تبعًا[3] لم يقبل الفسخ قصدًا ـ على ما عرف فيمن أضاف الطَّلاق إلى اليد ـ بخلاف الولد الحادث قبل القبض؛ لأنَّه انقلب مبيعًا قصدًا بالقبض على ما مرَّ، وكذلك قبل القبض إذا فُسخ العقد في الأصل انفسخ في الولد؛ لأنَّه لو بقي فيه وقبضه المشتري قبضه بثمن، وانفسخ ثانيًا بفسخ العقد كله، والولد من الجملة قصدًا، كمن اشترى شيئين ثم فسخ كل العقد لم يبق في واحد منهما، وإذا كان [بقاء][4] الولد يوجب الفسخ لم يشتغل بالإيفاء[5] التي لا تفيد شيئًا.

وإذا ثبت أن الولد يبقى بعد القبض وعليه الإجماع، وهو مبيع على ما قلنا= لم يجز أن يبقى فضلًا مقصودًا بلا ثمن كفضل الكيل فيما مرَّ من المسائل، بخلاف ما قبل الفسخ على الأمِّ؛ لأنَّه يعتبر تبعًا للأمِّ، ويجوز أن يبقى تبعًا بلا

[1] في حاشية «أ» (ذلك).
[2] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[3] في حاشية «أ» زيادة (للأصل).
[4] ما بين [ ] ليس في «ن».
[5] في حاشية «أ» (الإبقاء).

ثمن كالأوصاف ؛ وهذا لأنَّ الثَّمن لا يقابل إلا ما هو الأصل دون الوصف ، والرِّبا أصلٌ خال عن العوض ؛ لا بيعٌ .

❊ فإن قيل: الولد كيف يجعل وصفًا ، وهو منفصل ؟

۞ قلنا: من حيث إن الملك سرى إليه ؛ لأنَّه زيادة تولدت من الأصل فصارت[١] بمنزلة الوصف في حقِّ ثبوت الملك ، فاستقام التملُّك بغير ثمن ، فأما إذا فُسخ الملك في الأصل وذهب لم يجز أن يعتبر باقيًا [تبعًا][٢] ؛ لأنَّه لا يبقى بغير متبوع ، ولا أصلًا ؛ لأنَّه يبقى بلا ثمن[٣] .

فأما إذا كان الولد هالكًا فقد ذهب المانع ، وهو انقلاب الولد مقصودًا منه بلا ثمن ، فصحَّ الفسخ .

وبخلاف الهبة[٤] ؛ لأنَّه إن لم يقبل الفسخ وبقي مقصودًا هبة بلا عوض لم يكن مبيعا[٥] ولا ربًا .

فأما الجواب عن قولهم: «إن الزِّيادة لو دخلت تحت العقد لفسد العقد كله» أنَّه إذا اشترى كرّا بكُرِّ تمرٍ ونخلٍ إنما فسد العقد كله ؛ لأنَّ شرط الفضل دخل على[٦] العقد كلّه ، فأما فيما نحن فيه فلا ربًا في الأصل لاختلاف الجنسين ، ثم

---

[١] «أ» «ن» (صار) ، والمثبت من «ص» .

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» ، والمثبت من «ن» و«ص» .

[٣] «ن» (باقيا تبعا لا يبقى بغير متبوع ولا أصلا لأنه لا يبقى بغير ثمن) ، «ص» (باقيا تبعا لأنه لا يبقى بغير متبوع ولا أصل إلا به لا يبقى بغير ثمن) .

[٤] «أ» (وبخلافه هبة) ، «ص» (بخلاف) ، والمثبت من «ص» . وسقطت كلمة (الهبة) من «ن» .

[٥] «أ» «ن» (ممتنعا) ، والمثبت من «ص» .

[٦] «ص» (تحت) .

الكرُّ عند القبض أخذ قسطًا من الكرِّ دونه ، فظهر حكم الفساد فيه لا غير ، فلزمه التصدُّق به .

وكذلك مسألة الغصب ؛ لأنَّ الضَّمان الموجب للملك[١] يعتبر من وقت الغصب ، والزِّيادة بالانتفاع حصلت[٢] بعد ذلك ، فيعتبر بالزِّيادة المتولِّدة ، وبما إذا اشترىٰ عبدا يساوي ألفي درهم بألف درهم ، ثم قتل قبل القبض ، فأخذ المشتري ألفين= فإنه يتصدق بالألف ، لا غير ؛ لأنَّ الرِّبا لم يكن حين العقد ، وإنما جاء من قبل الزِّيادة الحادثة ونفس[٣] الزِّيادة ربًا ؛ فاقتصر الفساد عليه .

❁ فإن قيل : كان يجب علىٰ أصلكم أن يردَّ الكرَّ من التَّمر ويسترد حصته من الثَّمن ، كما لو كانت الزِّيادة ولدًا ، ثم ردَّ بالعيب بعد القبض .

❁ قلنا : هذا بخلاف الولد ؛ لأنَّ دخول الولد تحت العقد قصدًا بالقبض صحيح ، كما لو عقد عليهما ، ولما صح صار بعضُ المسمىٰ[٤] بإزائه ، وههنا دخول الكُرِّ تحت العقد دخولٌ علىٰ سبيل الرِّبا ، فلا يتوزع عليه المسمىٰ ، بل يصير ملكًا له بالثَّمن[٥] ، كما لو كان الكل فاسدًا ، ولا يمكن الرد علىٰ البائع بلا قسط من الثَّمن ، وهو ردٌّ مقصود ، والملك سرىٰ إليه من الأصل ، وذلك لا يوجب ضمانًا مبتدأً للبائع ، وإنما يوجبه من أصل الثَّمن متىٰ صار مقصودًا ، ولم

[١] «ص» (للمال) .
[٢] «أ» ، «ن» (بالانتفاخ حصل) ، والمثبت من «ص» .
[٣] «أ» ، «ن» (تعيين) ، والمثبت من «ص» وحاشية «أ» .
[٤] «ص» (المستحق) .
[٥] في حاشية «أ» (بالمثل) .

يمكن ذلك فتعذَّر[١] الردُّ عليه بلا ثمن، وببعض[٢] الثَّمن، كما قلنا في الولد الحادث بعد القبض، ولم يطب للمشتري[٣]؛ لأنَّه صار ربًا من الوجه الذي قلناه، فوجب[٤] الخروج عنه بالصَّدقة بحكم الخبث والفساد لما تعذر الخروج بالتوبة، والردُّ على صاحبه، فثبت أن هذه المسألة من جملة الرِّبا الأوَّل.

والجواب عن قولهم: «إنه ملك الولد بسببٍ آخر»؛ فلا كذلك، لما قلنا: أنَّه ملَكه بسراية [ملك][٥] الأصل إليه، لا بسبب مبتدإ كملك الوارث، والله أعلم.

❊ ❊ ❊

[١] «ص» (ولم يكن ذلك فيتعذر).
[٢] «أ»، «ن» (وبنقص)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».
[٣] «ص» (ولم يطلب المشتري).
[٤] «أ» (نوجب)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٥] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

فَصْـلٌ

من هذه الجملة عند الشَّافعي وزفر.

/٩٥١/ [مسألةٌ][١]: قال علماؤنا الثلاثة ـ رحمهم الله ـ: زيادة أحد المتبايعين لصاحبه مالًا على ما شرط في أصل العقد[٢] صحيح ما دام المبيع قائمًا في ملك المشتري، سواءٌ احتمل الفسخ أو لا، بأن حدثت زيادة متولدة من الأصل منفصلة.

وكذلك الزِّيادة في المهر[٣] صحيح، والنِّكاح[٤] لا يحتمل الفسخ.

وكذلك إذا اشترى عبدًا بألف درهم وثوبًا على ثالث ضمنه وقبله= صح، والثوب يصير مبيعًا، ولا ثمن للثالث.

وكذلك إذا اشترى عبدًا بألف درهم على أن خمسمائة سوى الألف على رجل ثالث ضمنه وقبله= صح، والعبد للمشتري، والخمسمائة على الثالث من غير أن يستحقَّ شيئًا بإزاء الخمسمائة.

وقال الشَّافعي: لا يجوز(٥)، وكذلك قول زفر: وهو ربًا.

وكذلك عندنا حطُّ بعض الثَّمن عن المشتري أو هبته إخراجٌ للثَّمن من أصل

---

[١] ما بين [ ] ليس في «ن».

[٢] «أ» «ن» (في العقد)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٣] «ص» (الرهن).

[٤] «أ» «ن» (وللنكاح)، والمثبت من «ص».

(٥) لم أقف على قول الشافعية في المسألة.

العقد، كأنَّ العقد ما عقد إلا بالباقي حتَّىٰ ينحط عن الشفيع إذا[١] كان أخذ الدَّار بالشفعة بالثَّمن الأوَّل.

وقال زفر والشَّافعي: [هو][٢] هبةٌ مبتدأةٌ(٣)، وكذلك زيادة الرَّهن[٤] علىٰ هذا الاختلاف.

فأما زيادة الدَّين علىٰ الرَّهن الأوَّل فلا يصح عند أبي حنيفة ومحمد وزفر: قياسًا.

ويصح عند أبي يوسف: استحسانًا.

وجه ما ذهب إليه زفر ظاهر، وهو: أن الزِّيادة شُرطت مبيعًا[٥] أو ثمنًا بلا عوض؛ لأنَّ الذي كانت الزِّيادة من جانبه[٦] كان استحق ذلك كله بدون الزِّيادة، وما استحق بالزِّيادة شيئًا منه خصوصًا إذا لم ينفسخ السَّبب الأوَّل، وقد ذكرنا أن تملك مالٍ بلا مال بالبيع ربًا.

وقياسًا علىٰ الزِّيادة بعد هلاك المبيع، أو الخروج عن ملك المشتري. وقياسًا علىٰ زيادة الدَّين في الرَّهن، فإنه لا يصح؛ لأنَّه لا يصير مرهونًا به؛ لأنَّه مرهون بالدَّين الأوَّل، فالرَّهن الأصلي[٧] مرهون بالدَّين الأوَّل، وما انفسخ.

---

[١] «أ» «ن» (أنه)، والمثبت من «ص»، وحاشية «أ».

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

(٣) انظر: «مختصر المزني» (٨/٢٢٠)، و«الحاوي الكبير» (٧/٢٨٧)، و«نهاية المطلب» (٧/٤٣٥).

[٤] «ص» (الزيادة علىٰ الرهن).

[٥] «ص» (شرعت مبيعة).

[٦] «ص» (لأنَّ الذي لا زيادة في جانبه).

[٧] «ص» (فإنها لا تصح لأنها لا تصير مرهونة إلا بمرهون والرهن الأصلي...).

وكذلك إذا شرطت الزِّيادة علىٰ أجنبي فإنها تلزمه[١] عندكم بلا مبيع يجب له.

ولا يلزم علىٰ هذا التعويض عن[٢] الهبة لأنَّا أنكرنا هذا بيعًا لا هبة؛ لأنَّ البيع ما شرع إلا مالًا بمال، فأما الهبة فشرعت مالًا بلا مال، ملكًا بلا ملك، فصح عوضها كذلك جزاءً علىٰ[٣] ملك وقع له.

وكذلك النِّكاح بلا مهر، يقع بغير مهر عند الشَّافعي(٤)، والقاضي يفرض لها مهرًا= فيصح؛ لأنَّ أحد العوضين لما صح تملكه بلا ملك صح الآخر مثله، لما فيه من شبه الصلات، فأما إذا وقع النِّكاح بعوض حتَّىٰ انعقد معاوضة صار كالبيع، فلم يقبل الزِّيادة بعد ذلك بلا عوض من الأصل يقابلها.

وكذلك الحط يجعل كناية عن الهبة كما في حط جميع الثَّمن؛ لأنَّه لا يصح إخراجا من الأصل إلا بفسخ العقد في حقِّه، والفسخ علىٰ الثَّمن باطل؛ ولأنَّه لا يصح إلا ويتناول البدلين علىٰ السواء كفسخ الكل أو الثلث؛ لأنَّه رفع العقد فيعتبر به، فيصير الإخراج بلا عوض ربًا كالإدخال[٥] بلا عوض.

ولنا: قوله ﷻ: ﴿فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَٰضَيْتُم بِهِۦ مِنۢ بَعْدِ ٱلْفَرِيضَةِ﴾ [النساء: ٢٤] فالله تعالىٰ جعل إيتاء الفريضة حتمًا[٦]، وأزال

[١] في حاشية «أ» (تلزمها).

[٢] «أ» «ن» (علىٰ)، والمثبت من «ص».

[٣] «أ» «ن» (عوضه كذلك علىٰ)، والمثبت من «ص»، وحاشية «أ».

(٤) انظر: «الأم» للشافعي (٥/٧٤)، و«مختصر المزني» (٨/٢٨٣)، و«الحاوي الكبير» (٩/٤٧٢).

[٥] «أ» (كالأوحال)، والمثبت من «ص» و«ن».

[٦] «أ» (حكما)، والمثبت من «ص» و«ن».

الجناح فيما تراضيا به بعد الفريضة أي تلك الفريضة ؛ لأنَّ الألف واللام للتعريف وذلك في رضىٰ المرأة بدون حقها أو رضىٰ الزوج بالزِّيادة ، إلا أنَّه يقول: ﴿لَا جُنَاحَ﴾[١] ، وهو جائز ، ويكون صلة منه لها ، كما قال بعد تنصيف المهر: ﴿إِلَّآ أَن يَعۡفُونَ أَوۡ يَعۡفُوَاْ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقۡدَةُ ٱلنِّكَاحِۚ﴾ [البقرة: ٢٣٧].

والفقه[٢] في المسألة: أن الحط والزِّيادة تصرُّف في العقد من حيث تغيير[٣] وصفه إلىٰ وصف مشروع له فيملكه ما دام المعقود عليه في ملكه قابلًا لإيجاب الثَّمن عنه ببيع مبتدإ ، كما[٤] إذا باع بيعًا باتًا ثم شرط له الخيار ثلاثة أيام ، فإنه يصح ما دام المعقود عليه في ملكه بحيث يقبل إيجاب مثله من الفسخ ؛ لأنَّه تصرف في العقد من حيث تغيير[٥] وصفه إلىٰ وصف مشروع له فيملكه ما دام المعقود عليه في ملكه بحيث يقبل الفسخ المبتدأ.

وإنما قلنا تصرف في وصفه ؛ لأنَّ البيع مشروع بأوصاف ثلاثة: رابح وخاسر وعدل ، والزِّيادة في المبيع أو الثَّمن ، وكذلك الحط يغيره[٦] إلىٰ أحد هذه الأوصاف ، ولا يرفع أصله ، كما شرع باتًّا ويختار ، والتخيير يغير[٧] وصفه ؛ وهذا لأنَّ المحلَّ قابلٌ ما دام محلًّا [قابلا][٨] لإيجاب ثمنٍ مبتدإٍ ، والمتصرِّف أهلٌ له

---

[١] «ص» (بالزيادة بأدائه لا جناح عندي).

[٢] «ص» (والمعنىٰ).

[٣] «أ» «ن» (يعتبر) ، حاشية «أ» (تفسير) ، والمثبت من «ص».

[٤] «ص» (لإيجاب الصفة الشَّرعية ببيع مبتدإ دليله).

[٥] «أ» «ن» (يعتبر) ، والكلمة ساقطة من «ص» وقد مرت هذه الجملة قريبا.

[٦] «أ» «ن» (وكذلك الحط بغيره) ، «ص» (وكذلك تغير الحط يغيره).

[٧] «أ» «ن» (بغير) ، والمثبت من «ص».

[٨] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من «ص».

كما كان، وما لانعقاد التَّصرف شرطٌ في الأصل غير خروجه عن أهله في محلِّه في الشَّرع، والوضع على ما بينا في موضعه.

۞ فإن قيل: زيادة الثَّمن إيجاب للثَّمن بالعقد الأوَّل للبائع، فلم يجز اعتبار صحته بإيجاب الثَّمن للمشتري بعقد جديد؛ لأنَّه غير الأوَّل، هذا يجب للمشتري، وما نحن فيه يجب للبائع، وإنما يجب اعتباره بما يملك البائع إيجابه، وهو بعد البيع لا يملك استيجاب ثمن لنفسه بذلك الملك[١] الخارج عن ملكه، ولا المشترى بما [ملك][٢] عليه من الثَّمن يملك شراء شيء.

۞ قلنا: ماذا تعني بقولك: «لا يملك»؟ أنَّه لا يملك الاستيجاب ربحًا أو أصلًا؟

فإن قلت: لا يملكه ربحًا فهو عين الخلاف.

وإن قلت: أصلًا، فمسلَّم لك، وإنما يملك عندنا تغيير وصف العقد من [حيث][٣] إيجاب ربح له، أو رفع العين. وعلى هذا الوصف شرع إيجابه بالعقد ابتداءً من غير مقابلة بماليَّة البدل الآخر، فالأرباح في معنى الصِّلات حقيقة؛ لأنَّ ماليَّة أحدهما مائة والآخر مائتان، فكان فضلًا بلا مقابلة معنًى، ولكنْ لما استحقَّ بعقد وجدت[٤] المقابلة في أصل العوضين جاز وحلَّ.

ألا ترى أن المحابي لو كان مريضًا لم يصح إلا من الثلث بعد الدَّين

[١] «ص» (التملك).

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٤] «أ» (وجبت)، والمثبت من «ص» و«ن».

كالهبة[١] ، [ولو كان وصيًّا أو أبًا في مال الصَّغير لم يصح كما لا تصح الهبة. وهذا كأصل المبيع لا يستحق إلا بثمن ، وأوصافه تستحق بلا ثمن يقابلها على ما عرف أنَّه لو قارب[٢] وصف قبل القبض لم يسقط شيء من البدل متى أراد المشتري إمساك ما بقي ، بخلاف ما إذا كانا شيئين وقد هلك أحدهما][٣] ، ولما شرع صحَّة إيجابه في الأصل ربحًا بلا مقابلة من الجانب الآخر ماليَّة لكن ببيع[٤] مال يقبل المبادلة في الجملة.

وكذلك في الانتهاء صح إيجابه من المشتري ربحًا للبائع ، وإن لم يملك بإزائه شيئًا من المال للحال على سبيل إثبات ذلك الوصف للبيع ؛ لأنَّ الوصف يلتحق بالموصوف ، فلا يتصور دونه ، ومتى التحق به صار الوجوب لمن زيد له ببيع ثابت بمبادلة ، وكان تصرُّفًا فيه من حيث يجعله رابحًا أو خاسرًا أو عدلًا ، ولكنه يثبت إلا أن يجعله[٥] ، ثم يستند إلى أصله ، فمن حيث يثبت[٦] الآن لم يملك إلا أن يكون المعقود عليه في ملكه قابلًا لإيجاب [الثَّمن][٧] بإزائه في الجملة ، لأنَّه إيجاب ثمن في الحقيقة ، فلم يصح إذا كان دبّر العبد الذي اشترى ، أو كاتبه ، أو كاتب أمة فأعتقها ، أو استولدها ، أو هلكت ، ويصح إذا كان الملك

---

[١] «أ» «ن» (لم يصح كما لا تصح الهبة إلا من الثلث بعد الدَّين كالهبة) ، وأثبت ما في «ص» لتكرر التشبيه بالهبة في الجملة.

[٢] في حاشية «أ» (فات).

[٣] ما بين [ ] ليس في «ص».

[٤] «أ» (يتبع) ، والمثبت من «ص» والكلمة غير منقوطة في «ن».

[٥] «ن» «ص» (الأنَّ بجعله).

[٦] «ص» (ثبت).

[٧] ما بين [ ] ليس في «ن».

له ثابتًا في الحال فلا يبقى[١] عاملًا إلا بعد اللَّحاق بالعقد ثم العمل[٢] بعد اللَّحاق بالعقد، فيصير حينئذٍ بدلًا عما لم يكن له.

وكذلك يصح إذا كانت قائمة، وهناك زيادة متولدة من الأصل مانعة للفسخ، لأنَّها تصح من المشتري تربيحًا، وتعتبر الصفة العقد دون أصله، فلا تفتقر الصحَّة إلىٰ تحقيق الفسخ، ثم الانعقاد. بخلاف شراءٍ بعد شراءٍ فإنه لا يصح إلا بعد فسخ الأوَّل؛ لأنَّ الأوصاف أحوالٌ تختلف علىٰ الأصل كأوصاف الأعيان المحسوسة[٣]، وهذا كالزِّيادة تتولّد من المبيع قبل القبض، فيصير العقد رابحًا للمشتري، ويصير لها بعض الثَّمن إذا قبضها المشتري، ولم يكن بعد[٤] العقد، ولكن لما[٥] دخلت تحت العقد تبعًا للأصل، وبعد ورود القبض عليها مقصودًا من المشترىٰ بحقِّ الشِّراء صار بعض الثَّمن بإزائها من غير انفساخ عقد في شيء من الأصل، بل علىٰ طريق تغيّر[٦] حال الأصل في كونه رابحًا أو خاسرًا بأن[٧] صار بعض الثَّمن مع الولد.

❖ فإن قيل: لو كان طريق ثبوت الزِّيادة[٨] الوصف لما تغيّر بها قسمة

[١] «ص» (ولا يصير)، وفي حاشية «أ» (فلا يقر).

[٢] «ص» (الحمل).

[٣] «ص» وحاشية «أ» زيادة (فلا يتعرض لدفع الأصل فأما الشراء الآخر فإثبات لأصله وإنه لا يتصور ما لم يرتفع الأول).

[٤] «ص» وحاشية «أ» (عند).

[٥] «أ» و«ن» (العقد لما)، وفي حاشية «أ» (ولكن) بدل: (لما)، والمثبت من «ص».

[٦] «ص» (يدل علىٰ طريق تعتبر).

[٧] في حاشية «أ» (بل).

[٨] في حاشية زيادة «أ» (طريق).

الأصل كما لو زاد[١] وصف المبيع.

۞ قلنا: لما ورد على الزِّيادة قبض معتبر[٢] من البائع خرج بعد[٣] القبض عن التبعية في حق قسمة الضَّمان كما لو قطع البائع يد المبيع أو المشتري فإنه بعد[٤] القطع المقصود يقابلها نصف الثَّمن، ولو سقطت سقوطًا لم يقابلها شيء. وفي تصحيح إيجاب الزِّيادة من الذي يريد تغيير الحال[٥] وإيجاب ثمن، فلا بد أن يكون المعقود عليه قابلًا لجنسه، ومن حيث إنَّه تغيير[٦] لوصف العقد الوارد عليه، والوصف يلتحق بالأصل= اعتبر بالموجود، كذا العقد في حق المقابلة وثبتت المقابلة، وإنه كالإجارة لعقدٍ موقوف، أو بيعٍ فيه خيار للبائع، فإنه لا يصح ما لم يكن المحلُّ قابلًا للعقد، وإذا صح كان العمل بالعقد لا بالإجارة.

ومثال ذلك: رجل فضولي صالح رجلًا عن دين له على آخر بمال، فإنه يصح، ولا يملك صاحب الدَّين إلا عوضًا عن الدَّين، حتَّى إذا تبين أن لا دين بطل الصلح، ولزمه ردُّ ما أخذ، وهذا الذي يعطي لا يستحق شيئًا بإزاء ما يعطي من نفسه؛ لأنَّ من عليه الدَّين لو صالح لم يستفد به شيئًا بإزاء بدل الصلح[٧]، ولا حقًّا قائمًا له بعد الصلح، وإنما يزول الشغل عن ذمته، فصح من الأجنبي، وكان بمنزلته، وصار في حقِّ الغريم إبراءً بغير شيء، وفي حقِّ صاحب الدَّين

---

[١] «ن» «ص» (ازداد).

[٢] «ص» (متعين).

[٣] «أ» (بعض)، والمثبت من «ص» و«ن».

[٤] «أ» (بعض)، والمثبت من «ص» و«ن».

[٥] «ص» (يعتبر الحال).

[٦] «ن» «ص» (يعتبر).

[٧] «ص» (لم يستفد مالا بالصلح).

معاوضة، وفي حقِّ المتوسِّط التزاما بغير عوض له، ولكن لما كان الوجوب يعقد معاوضة وجب بالعقد.

وكذلك إذا طلَّق الرَّجل امرأته علىٰ ألف درهم علىٰ أجنبي التزمها له= صح، ووجبت بنفس العقد، فكذلك ههنا المشتري في إيجاب الزِّيادة بمنزلة الأجنبي في التزام أصل بدل الطَّلاق يلتزم شرعا[١]. ولا يستحق شيئًا للحال، لم يكن له ذلك، لما[٢] كان علىٰ الطَّريق الذي يكون في أصل العقد صح.

وقد بيَّنا أن صفة الرِّبح في أصل العقد إنما تكون بفضلٍ في أحدهما يُعدم في الآخر، ووجب بنفسه؛ لأنَّه ثبت بأصل البيع الذي هو معاوضة، وإذا ثبت هذا في الزِّيادة فكذلك الحط؛ لأنَّه إخراجٌ لبعض الثَّمن عن أصل المعقود عليه، وذلك بالتَّصرف في العقد من حيث يعتبر الوصف، فلم يفتقر صحته إلىٰ انفساخ العقد في حق المبيع أيضًا كما لم يفتقر إليه في حق الزِّيادة.

وأشبه: من اشترىٰ شيئًا فوجده معيبًا وقد امتنع الرد بعيب حدث، فإنه يرجع بنقصان[٣] الثَّمن، وينفسخ العقد في حق ذلك الثَّمن المردود من غير انفساخ عن أصل المبيع.

ولأنَّ الفسخ أسهل من البيع، فمتىٰ صحت الزِّيادة ثمنًا صح الحط فسخًا.

ولا يلزم إذا زاد المسلم إليه في السَّلم[٤] فإنه لا يصح؛ لأنَّ القياس أن لا

---

[١] في حاشية «أ» (متبرعا). «ص» (أصل بدل مطلق يلزم متبرعا).

[٢] في حاشية «أ» (لكن). «ص» (لكن لما).

[٣] «ص» (ببعض).

[٤] «ص» (الثمن).

يجوز بيع السَّلم لِما ذكرنا أن من شرط [صحَّة][١] التَّصرف في المبيع أن يكون عينًا مملوكًا، إلا أنا جوَّزناه لضرورة دفع حاجة[٢] المعدمين إلىٰ بيع ما ليس عندهم[٣] ليتوسَّعوا بأثمانها، وهذا المعنىٰ معدوم في الزِّيادة، فلم يصح.

وكما لا يصح التوكيل بشراء الحنطة سلمًا؛ لأنَّ الضرورة لا ترتفع بالتوكيل فلم يصح الأمر[٤] به[٥]؛ وهو مردود به إلىٰ القياس في أنَّه باطل.

ولأنَّ الزِّيادة لو صحت لصارت ملكًا لرب السَّلم ببعض رأس المال، وهو دين علىٰ المسلم إليه، ولا يصح ابتداءً السَّلم به.

ولهذا قال علماؤنا: إن زيادة الثَّمن تصح من الأجنبي إذا ضمنها؛ لأنَّها تصح من المشتري من غير أن يملك للحال [شيئا][٦]، فصحت من الأجنبي. كذلك كما صح الصلح عن الدَّين من الأجنبي كما صح ممَّن عليه[٧]؛ لأنَّه لا يملك شيئًا للحال كالأجنبي سواء.

ولم يصح إعتاق العبد علىٰ ألف درهم علىٰ الأجنبي ضمنها؛ لأنَّ العبد متىٰ شرط علىٰ نفسه استحقَّ الولاء، والأجنبي لا يستحقه، فلم يساوه.

ولهذا قال أبو يوسف[٨]: إن زيادة الدَّين في الرَّهن يصحُّ استحسانًا[٩]؛

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٢] في حاشية «أ» زيادة (عن).

[٣] «أ» «ن» (لهم)، والمثبت من «ص».

[٤] «ص» (التوكيل).

[٥] في حاشية «أ» زيادة (وإذا كان كذلك يصير مردودا علىٰ أصل القياس).

[٦] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٧] «ص» (اعتبارا بالصلح ممن عليه الدَّين).

[٨] في حاشية «أ» (مسألة) باللون الأحمر.

[٩] في حاشية «أ» و«ص» زيادة (كالزيادة في الثمن).

لأنَّ الدَّين في الرَّهن بمنزلة الثَّمن في حق المبيع.

ألا ترىٰ أن زيادة الرَّهن تصح كزيادة المبيع، وكان تصرفًا في تغيير صفة العقد إلىٰ وصف[١] مشروع له؛ لأنَّ الرَّهن يقع ابتداء بمثل الدَّين[٢] ودونه وفوقه.

ولهما: ما ذكرنا في كتاب الرَّهن: أن يد المرتهن يد استيفاء للدّين، والعين يصير محبوسًا عنده بحكم تلك اليد، ويد الاستيفاء لا يثبت بالتَّصرف في عين الدَّين، بل [في][٣] مثله من دراهم عين لمن عليه الدَّين، فكذلك يد المرتهن: إنما يثبت بالتَّصرف في الرَّهن، فلم يمكن إثبات حكمه من جهة التَّصرف في الدَّين، وإنما يصح من جهة الرَّهن، فكذلك الزِّيادة صحت في الرَّهن بعد[٤] الدَّين، كما أن السَّلم صح من جهة الحاجة إلىٰ الثَّمن للبائع، لا من جهة حاجة المشتري إلىٰ الرِّبح فصحت الزِّيادة من قبل إيجاب الزِّيادة في رأس المال، ولم يصح من قبل إيجاب الزِّيادة في السَّلم، فأما البيع المطلق فتصرف مطلق لا يتم إلا بالإيجاب من الجانبين جميعًا، فساوىٰ الثَّمن المبيع.

وكذلك النِّكاح يقبل زيادة المهر من الرَّجل، ولا يقبل زيادة امرأة أخرىٰ من المولىٰ[٥] بالمهر الأوَّل، وكذلك إن كانت [المنكوحة][٦] أمة وزاد المولىٰ أمة أخرىٰ بشهود بالمهر الأوَّل لم يصح، ووجب مهر آخر؛ لأنَّ العقد من الابتداء

---

[١] «أ» (صفة)، والمثبت من «ص»، وسقطت الكلمة من «ن».

[٢] «ص» (الثمن).

[٣] ما بين [ ] ليس في «ن».

[٤] «ص» وحاشية «أ» (دون).

[٥] في حاشية «أ» (الولي).

[٦] ما بين [ ] ليس في «ن».

مشروع بما شاء[١] من[٢] المهر [العشرة فما فوقها][٣] ولم يشرع بما شاء من[٤] النساء بلا مهر لبعضهن.

قال[٥]: ومن هذا القبيل: إذا جاء المسلم إليه بأجودَ مما[٦] شُرط عليه من الكيل والوزن، وقال للطالب: «خذه وزدني درهما» لم يصح عندنا.

وقال أبو يوسف: يجوز كما لو وجدت الزِّيادة في أصل العقد، وكما لو زاد له درهمًا بلا شرط الجودة؛ لأنَّ الزِّيادة لا تفتقر إلىٰ معاوضة للحال ليصحَّ، وكما لو كان المسلم فيه ثوبًا، والمسألة بحالها= فإنه يصح.

وكذلك لو جاء بأنقص مما شُرط عليه وصفًا، وقال: «خذه وأردّ عليك درهمًا» = لم يصح عندهما.

وقال أبو يوسف: يصح كما لو زاد[٧] بلا شرط نقصان الوصف.

ولهما: أن الزِّيادة تصح بلا عوض علىٰ ما قلنا؛ ولكن في مسألتنا أخرج الكلام مخرج المعاوضة، وله [فيه][٨] فائدة معتبرة فلا يجوز أن يلغىٰ.

---

[١] في حاشية «أ» زيادة (الولي).

[٢] «ن» (أمر).

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٤] «أ» و«ن» (وأمر)، والمثبت من «ص»، وحاشية «أ».

[٥] في حاشية «أ» (مسألة) باللون الأحمر. وهي من المتن في «ص» عنون للكلام بـ: «مسألة» ولم يذكر فيها كلمة: «قال».

[٦] «أ» (فيما)، والمثبت من «ن» «ص».

[٧] «ص» (لو رد).

[٨] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

كما إذا كان له على رجل ألف درهم مؤجَّلة فصالحه على خمسمائة معجَّلة كان باطلًا ؛ لأنَّه لما قال: «حططت عنك[1] على أن تعجل البقية» فقد أبرأه عوضًا عن الأجل الذي أسقطه الآخر ، وله في شرط التعجيل فائدة معتبرة ، فلم يُلغ ، ولم يُجعل كأنه أبرأ بلا شرطٍ ، وهذا عجل بلا شرط ، بل جُعل تعويضًا عن الأجل فلم يصح.

فكذا فيما نحن [فيه][2] يُجعل تعويضًا عن جودة المكيلة بانفرادها ، وإنها لا تتقوَّم بانفرادها [فلم يصح ، وصح عن الثوب وما تتقوم جودته بانفرادها][3].

وأما الحطُّ ؛ فكذلك حطٌّ على سبيل المعاوضة عن الوصف الذي لم يأت به ، والوصف بانفراده لا يقبل الفسخ عليه ، وجعل بعض الثَّمن بإزائه قصداً كالجودة من المكيل لا تقبل الاعتياض.

❁ فإن قيل: أليس إذا امتنع الردُّ بالعيب بعيب حدث عند المشتري رجع ببعض الثَّمن بإزاء الوصف؟

❁ قلنا: المشتري لو أراد [أن يمسك الأصل بلا عيب حدث عنده ، أو رضي البائع بأخذه معيبا وأبى المشتري[4]][5] وأراد أن يأخذ حصته من الثَّمن لم يقدر ، فثبت أنَّه لا يحتمل الفسخ عليه قصدا ، وإنما جوَّز الشَّرع عند تعذر[6] الردِّ وعدم

[1] «أ» و«ن» (لك) ، والمثبت من «ص».
[2] ما بين [ ] ليس في «ن» «ص».
[3] ما بين [ ] ليس في «ص».
[4] «ن» (البائع).
[5] ما بين [ ] ليس في «أ» والمثبت من «ن» و«ص».
[6] «أ» و«ن» (تقدير) ، والمثبت من «ص».

إمكان المشتري الوصول إلىٰ حقِّه، فلا يقاس عليه حال القصد، والله أعلم.

|٩٥٢| مسألةٌ: قال علماؤنا: لحوم النعم أجناس، يجوز بيع أحدها بالآخر مجازفةً.

وقال الشَّافعي - رحمه الله - في قول: جنس واحد(١).

وكذلك لحوم الطير عندنا [أجناس][٢] علىٰ حسب اختلاف أجناس الطيور في نفسها.

وكذلك الثياب عندنا أجناس.

ولا يظهر هذا علىٰ مذهب الشَّافعي، فإن الرِّبا عنده لا يجري في الثياب(٣).

وكذلك علىٰ هذا الاختلاف ألبان النعم، فإنها أجناس عندنا.

وعنده: جنس واحد(٤).

وذهب إلىٰ أن الجنس الخاص ما يمتاز عن غيره بالصُّورة والمعنىٰ

(١) وهو قوله في القديم، وذهب في الجديد إلىٰ أن اللحوم أصناف. انظر: «الأم» للشافعي (٣/٢٥)، و«مختصر المزني» (٨/١٧٥)، و«الحاوي الكبير» (٥/١٧٤).

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص»، وحاشية «أ».

(٣) انظر: «الأم» للشافعي (٣/١٢٦)، و«الحاوي الكبير» (٥/٩٩)، و«بحر المذهب» للروياني (٤/٤١٦).

(٤) اختلف قول الشافعي في الألبان هل هي صنف واحد أو أصناف، علىٰ قولين: أحدهما: وهو قوله في القديم، إنها صنف واحد. والقول الثاني: وهو المنصوص عليه في الجديد وأكثر كتبه، إن الألبان أصناف وأجناس؛ لأنها فروع لأصول هي أجناس، فاقتضىٰ أن تكون أجناسا كالأدقة، وعلىٰ الثاني نص في كتابه «الأم». انظر: «الأم» (٣/٢٧)، و«الحاوي الكبير» (٥/١٢٠)، و«مختصر المزني» (٨/١٧٤).

والاسم، كالحنطة تمتاز عن الشَّعير باسمها الخاص وصورتها ومعناها، وكذلك الشَّاة عن الإبل والبقر، والاسم الخاص لنوع اللُّحوم اسم اللَّحم علىٰ الإطلاق، وإنه اشتمل علىٰ لحوم النعم، وكذلك المعنىٰ واحد فيها من حيث الغذاء، وصورة اللَّحم واحدة، وإنما يتفاوت بتفاوت الأوصاف. وكذلك اللبن علىٰ هذا، والثوب علىٰ أصله.

ولا يلزم لحم الطير؛ لأنَّ صورة لحم الطير تفارق لحوم البهائم، وكذلك الاسم، لأنَّه لا يسمىٰ لحمًا إلا بقيده، والقيد يفارق لحم النعم بتسميته[١]، وكذلك المعنىٰ يفارقه، وكذلك الصُّورة مشاهدة.

ولا يلزم دهن البزر والسِّمسم فإنهما جنسان[٢]؛ لأنَّ هذه مجانسة[٣] معتبرة بحكم الرِّبا، والسِّمسم والبزر جنسان، وهما من أموال الرِّبا، امتازا بالاسم والمعنىٰ، ثم بقي[٤] الرِّبا في المتولد منهما علىٰ ما كان لا إن[٥] حدث أمر جديد[٦] حتَّىٰ كان الرِّبا ثابتًا بين السِّمسم ودهن السِّمسم، ولما بقي الرِّبا بحكم بقاء الأصل شرعًا بقيا مختلفين، ولم يعتبر حقيقة الحال.

فأما اللَّحم فأول ما يثبت فيه حكم الرِّبا بعد الذَّبحِ وذهابِ معنىٰ الحيوانية

[١] في «ص» وحاشية «أ» زيادة (وكذلك بين اللحمين تفاوت كثيره وكذلك لحم السمك علىٰ هذا فإنه لا يتعارف لحما إلا بقيده).

[٢] في حاشية «أ» زيادة (مختلفان).

[٣] «أ» و«ن» (تجانس)، والمثبت من «ص».

[٤] «ن» (نفىٰ).

[٥] في حاشية «أ» زيادة (مختلفان).

[٦] «أ» «ن» (حد أمر حديد)، وهي بمعنىٰ المثبت في المتن إن جعلنا الحاء جيما، فلعل الناسخ أهمل نقط الحروف، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

عنه، فيعتبر التجانس بحكم[١] الرِّبا للحال. ولا يعتبر ما قبله، كما لا يعتبر في الحنطة حال ما قبل انعقادها[٢] حبًّا من الزَّرع.

ولنا: أن الله تعالىٰ خلق الأصول أجناسًا مختلفة؛ لأنَّ الأسامي مختلفة، وكذلك الصور والمعاني، ولا يكمل نصاب البعض بالبعض في باب الزكاة، ولا إشكال فيها، وإذا اختلفت الأصول حيَّةً، فكذلك بعد الذَّبح[٣]، وما هي بعد الذَّبح إلا لحوم، وبها تعدُّ مالا بعد ما ذهبت عنها الحيوانية، وبالسَّلخ والتَّأريب لا تتبدّل من حيث إنها لحوم شتىٰ[٤] وإنما يمتاز عن الجلد، فيبقىٰ[٥] كذلك أجناسًا، ولما بقي أجناسًا بكلّيّتها[٦]، فكذلك بأبعاضها[٧]،

كالثوب والديباج لما[٨] اختلفت بأصولها اختلفت بأبعاضها ما دامت ثيابًا كذلك، وكذلك لحم الطير والنعم، ولو كانت اللُّحوم غير الحيوانات لكانت إذا اختلفت الأصول اختلف ما يولد منها؛ لأنَّه يتولد بعضها، فيبقىٰ فيه اختلاف معاني الأصل.

ألا ترىٰ أن الأدهان مختلفة لاختلاف الأصول، وكذلك الألبان، لا فرق

---

[١] «أ» «ن» (لحكم)، والمثبت من «ص».

[٢] «أ» «ن» (انعقاده)، والمثبت من «ص».

[٣] في حاشية «أ» و«ص» زيادة (لأنه لم يزل بالذَّبح إلا وصف، وهو الحياة، فأما الصورة والاسم فقائمان، فإن سلم أنها أجناس بعد الذَّبح).

[٤] في «أ» «ن» (شيء)، والمثبت من «ص».

[٥] «أ» (فتبقىٰ).

[٦] «أ» (بكليها).

[٧] «ن» (فتبقىٰ كذلك أجناساً بكلّيّتها فكذلك بأبعاضها).

[٨] «أ» «ن» (إذا)، والمثبت من «ص».

بينها وبين الأدهان، وكذلك الأولاد، فإنها تختلف باختلاف الأصول.

فأما الجواب عن الاسم: أن الأسامي ضربان؛ أسماء مفردة، وأسماء مضافة في أصل الوضع[١]. واسم الفرد عام لكل جنس من اللُّحوم، يدخل تحته كل لحم، حتَّىٰ إذا حلف لا يأكل لحما، فأكل لحم طير أو خنزير أو لحم آدمي حنث. وإن كانت هذه اللُّحوم أجناسًا بلا خلاف.

وبالأسماء المضافة يمتاز بعضها عن بعض، يقال: لحم طير، ولحم شاة، ولحم بقر. دلَّ عليه: أن صورة هذه اللُّحوم تختلف في أنفسها حتَّىٰ يمتاز بعضها عن بعض بنفس الرُّؤية.

وكذلك المعاني تتفاوت[٢] مثل الاختلاف الذي بين الحنطة والشَّعير والذرة والدخن، وبين السِّمسم والبزر، بل التباين بين لحم البقر والإبل والشاة أكثر من التباين بين دقيق الحنطة والشَّعير.

فأما الجواب عن فرقه بين الحيوان والسِّمسم؛ فإن اتفاق الجنس واختلافه لا يعرف بالرِّبا، فإنه يثبت بالحسّ[٣] ووصف آخر، فلا يثبت بالحس[٤] وحده، وكذلك مال الرِّبا إذا تبدّل جنسه بالتولُّد يصير غير مال الرِّبا، كالحنطة تصير زرعا، فثبت أن اعتبار ثبوت الرِّبا في الأصل باطل في الأدهان، فإن العبرة لما ذكرنا: أن فروع الأصول المختلفة أجناس مختلفة.

---

[١] في حاشية «أ» و«ص» زيادة (وليس لكل جنس من اللحوم اسم فرد بل له اسم مضاف).

[٢] «أ» (المعاني مما يتفاوت).

[٣] في حاشية «أ» و«ص» (بالجنس).

[٤] «ص» (بالجنس).

ولا يلزم الثياب؛ فإنها أجناس عندنا، وأصلها قطن وغزل، والجنس واحد؛ لأنَّه قد ثبت عندنا أن الثوب جنس آخر غير الغزل باختلاف الصُّورة والمعنىٰ من كل وجهٍ، كالزَّرع والحنطة، وإذا انقطع الجنس الأوَّل وتبدّل اعتبر الحال، كالحيوانات خلقت من الأرض، وهي جنس، لأنَّها صارت جنسًا آخر، فاعتبر الحال، والثياب للحال[١] نوع منها، والأسماء أيضًا، فإن أسماءها مضافة إلىٰ صناعتها[٢] ثوب هَرَوي ومَرْوي، وهي مختلفة حسب اختلاف أسماء اللُّحوم مضافة، والله أعلم.

❊ ❊ ❊

[١] في حاشية «أ» و«ص» زيادة (تختلف صورها ومعانيها فالوذاري («ص»: فالأداري) لا تعد لما يعد له البلدي («ص»: الراري) والرقيق وكذلك كل).

[٢] «ص» (صفاتها).

مسائل اختلفوا في فسادها لجهالة الثَّمن أو المثمن من بيع العين

|٩٥٣| مسألةٌ: إذا اشترىٰ شيئًا لم يره وأشير إلىٰ عينه[١] حتَّىٰ امتاز عن غيره بالإشارة جاز العقد عندنا، وله الخيار إذا رآه.

وقال الشَّافعي - ﷺ -: لا يجوز(٢).

وكذلك[٣] في شراء عبد أو أمةٍ متنقِّبة مشار إليها حاضرة، فإنه جائز عندنا، وله الخيار إذا كشفت نقابها.

وعنده: لا يجوز(٤)، وكذلك الدُّرة في الحُقَّة الحاضرة المشار إليها.

وكذلك العين الغائبة المشار إلىٰ مكانها[٥]، وليس في ذلك المكان بذلك

---

[١] «أ» و«ن» (عين)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

(٢) للشافعية في هذه المسألة وجهان. قال الماوردي في: «الحاوي الكبير» (٥/٢٣): «وأما بيع العين الحاضرة علىٰ شرط خيار الرؤية، كثوب في سفط، أو مطوي، يبيعه موصوفاً من غير رؤية، بشرط خيار الرؤية. فقد اختلف أصحابنا فيه علىٰ وجهين: أحدهما: أنه كبيع العين الغائبة علىٰ قولين؛ لأن الحاضر يساوي الغائب في العلم به إذا وصف، ويزيد عليه في زوال الغرر بتعجيل القبض. الثاني: أنه لا يجوز قولاً واحداً، بخلاف العين الغائبة، وهو قول أكثر أصحابنا، واليه أشار أبو إسحاق المروزي، وابن أبي هريرة، لأن الحاضر مقدور علىٰ رؤيته، فارتفعت الضرورة في جواز بيعه علىٰ خيار الرؤية، والغائب لما لم يقدر علىٰ رؤيته دعت الضرورة إلىٰ جواز بيعه علىٰ خيار الرؤية». انظر: «بحر المذهب» للروياني (٤/٣٥٦)، «كفاية النبيه في شرح التنبيه» (٩/٥٠).

[٣] «أ» «ص» (وذلك)، والمثبت من «ن» وحاشية «أ».

(٤) مسألة شراء الجارية المتنقِّبة فيها وجهان عند الشافعية. انظر: «الغاية في اختصار النهاية» (٣/١٧٠)، و«نهاية المطلب» (٥/١٤).

[٥] «أ» «ن» (الغائب المشار إلىٰ مكانه)، والمثبت من «ص».

الاسم غير ما سمي، فالمكان معلوم باسمه، والعين في ذلك المكان بذلك الاسم عين مال معلوم في هذه المسائل؛ لأنَّ كلامنا في عين هي بحال لو كانت الرُّؤية حاصلةً لكان البيع جائزًا، وبالرُّؤية لا يحصل له إلا علم بوصفها[١].

فأما العين فلا تصير معلومة[٢] عند العقد برؤية سابقة؛ لأنَّ[٣] الإشارة قطعت الشركة بين المشار إليه وغيره، والصفة مجهولة، لأنَّها لم تذكر ولم تعاين، والعلم يقع بأحدهما.

ألا ترىٰ أن الأمة إذا كشفت عن نقابها لم يحصل للعاقد إلا علم بأوصاف وجهها؛ فإن العلم بأنها جارية أو ملك أو مال لا[٤] يحصل برؤية الوجه، وإنما يكون بالخبر واليد، وما كان قبل الرُّؤية.

وكذلك إذا أشار إلىٰ مكانها؛ لأنَّ خبره كان حجَّة في باب المعاملات، كما كان حجَّة في أنها ملكه، وكما كان[٥] في باب إنكاح[٦] الأمة الغائبة.

وكذلك[٧] يجوز بالإشارة إلىٰ مكانه[٨] إذا كان المشتري رآه من قبل، ويصير قوله حجَّة؛ ولأنَّه لما خالفنا بعد الإشارة إلىٰ العين الحاضرة إذا لم يكن ظاهر الوصف= عُلم أن الاختلاف ما ثبت إلا لجهالة الوصف.

---

[١] «أ» «ن» (بوصفه)، والمثبت من «ص».
[٢] «أ» «ن» (يصير معلوما)، والمثبت من «ص».
[٣] في حاشية «أ» (ولأن، خ).
[٤] «أ» «ن» (لا)، والمثبت من «ص».
[٥] في حاشية «أ» و«ص» زيادة (حجة).
[٦] «ص» (نكاح).
[٧] في حاشية «أ» (ولأنه، خ).
[٨] «ص» (ولا يجوز بالإشارة إلىٰ مكانها).

فجهالة الوصف على أصول علمائنا تمنع إبرام[١] العقد وتمامه شرعًا حتى لا يلزم وإن رضي المشتري به، وكذلك[٢] لا يتم العقد وإن قبض، وعلى أصله: منع الصحَّة.

وأجمعوا أن العلم بوصف العين لا يقع بالخبر، فإن البائع وإن وصف [العين][٣] بأوصافه ثم تبين أنَّه كذلك لم يجز على أصله، وعلى أصلنا: كان له الخيار إذا رأى؛ لأنَّه لا بد من تفاوت يحصل بالرُّؤية بين المذكور والمعايَن[٤] والعقد يتناول العين[٥] بأوصافه القائمة فيه، فإذا لم يكن إعلام أوصاف العين المشار إليه بالذكر على التمام لم يكتف به[٦]. كما لا يجوز السَّلم في اللؤلؤ؛ لأنَّ أوصافه لا تضبط بالذكر أصلًا.

فهذه جملة لا خلاف[٧] فيها، وصار الخلاف في أن علم الوصف شرط لجواز بيع العين أم لا؟

عندنا ليس بشرط. وعند الخصم: شرط.

واحتج بما روي عن النَّبي ﷺ: «أنه نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان»(٨)،

[١] «أ» (تمام)، وفي حاشية «ن» (انبرام)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».
[٢] «ص» (ولذلك).
[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٤] «ن» وحاشية «أ» (والمعاني).
[٥] «ص» (المعقود عليه).
[٦] «ن» «ص» (فإذا لم يمكن إعلام الوصف على التمام لم يكتف به).
[٧] «ن» (اختلاف).

(٨) نص الحديث: عن حكيم بن حزام قال: سألت النبي ﷺ فقلت: يا رسول الله، يأتيني الرجل، فيسألني البيع ليس عندي أبيعه منه، ثم أبتاعه له من السوق، قال: «لا تبع ما ليس عندك».=

والغائب ليس عنده.

والمعنى: أن المقصود من شراء العين ماليَّتُها، ولهذا لا يرِد على ما ليس بمال، والماليَّة في الأوصاف بها تزداد، وبها تنقص، فإذا جهلت الأوصاف ـ وبها يحصل أغراض المال ـ ضاهى جهالةُ الوصف جهالةَ العين، وجهالةُ العين مفسدة، فكذا هذا.

ألا ترى أنَّه إذا باع عبدًا آبقًا لم يجز، كما لو كان هالكًا؛ لأنَّ المقصود من ملك العبد فائت من الآبق، وكذلك [بيع][1] ما لا يقدر على تسليمه؛ لأنَّ الغرض من المال التَّصرف بالأيدي، فضاهى فوتُ اليد فوتَ الملك.

وكذلك[2] لا يجوز بيع اللبن في الضرع، واللبِّ في الجوز، والمخ في البيضة، لعدم الرُّؤية، وإن تعيَّنت[3] الذات بالإشارة إليه، وكذلك بيع[4] السَّلم لا يجوز مجهول الوصف، وإن علم بالاسم الخاص[5]، وضاهى جهالة الوصف جهالة الاسم؛ إلا أن السَّلم بيع ما في الذِّمَّة لا يقبل الرُّؤية، فلم يبق إلى إعلام وصفه طريق غير الذكر، وهذا عينٌ يرى، فلا يصير معلوما[6] بالذكر؛ لأنَّ للعين

= رواه أبو داود (٣٥٠٣)، والنسائي (٤٦١٣)، والترمذي (١٢٣٢)، وابن ماجه (٢١٨٧). قال الترمذي: «حديث حكيم بن حزام حديث حسن قد روي عنه من غير وجه». وصححه ابن الملقن في البدر المنير (٤٤٨/٦).

[1] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[2] «ص» (ولذلك).

[3] «أ» (تعين).

[4] «ص» (عقد).

[5] «أ» «ن» (فإن علم الاسم)، والمثبت من «ص»، وحاشية «أ».

[6] في حاشية «أ» و«ص» (معلوم الوصف).

المشار إليه أوصافًا لا تضبط بالذكر، ولهذا يبقىٰ الخيار علىٰ أصلكم ههنا مع ذكر الوصف، ولا يبقىٰ في باب السَّلم، ولا بد من تفاوت يكون بين المرئي والمذكور، إلا أنَّه لم يعتبر في السَّلم[١]؛ لأنَّ المستحقَّ بالشِّراء قدر ما تناوله الاسم، والزِّيادة عليه مما يقع ضرورة تعيينه، لا أنَّه مستحق بالعقد فكان هدرًا، والمستحقُّ بشراء العين ما يوجب[٢] تسمية المشار إليه من الوصف الذي يشتمل عليها المسمىٰ، وذلك مما لا نهاية له، فكان التفاوت بين المرئي والمذكور معتبرًا، فأوجبت الجهالة المعتبرة فساد العقد.

ولأنَّ خيار عدم الرُّؤية خيار ثبت لعدم تمام شرائط العقد شرعًا حقًّا للشرع، لا حقًّا للعاقد، بدليل: أنَّه لا يسقط بإسقاطه ورضاه بالانبرام، ولا جواز شرعًا إلا بعد استيفاء شرائط العقد، وكان بمنزلة النِّكاح بغير شهود، وبيع ما اشترىٰ قبل القبض، وبيع ربا الفضل.

وإن شئت قلت: إن المبيع مجهول الوصف لعدم سبب علمه، فلا يقبل العقد، قياسًا علىٰ السَّلم مطلقًا بلا ذكر وصف له.

ولعلمائنا: العمومات المجوِّزة بلا قيد الرُّؤية، فلا يزيد عليها[٣] قيدًا؛ لأنه يجري مجرىٰ النسخ.

وعن النَّبي ﷺ في المشاهير: «من اشترىٰ شيئًا لم يره فهو بالخيار إذا رآه»(٤)

---

[١] «ص» (باب السلم).

[٢] «ن» «ص» (يوجبه).

[٣] «أ» (فلا يرد عليه)، «ن» (فلا يزيد عليه)، والمثبت من «ص».

(٤) رواه الدارقطني (٢٨٠٣)، والبيهقي في «السنن الكبرىٰ» (١٠٤٢٥) من طريق أبي بكر بن عبد الله بن أبي مريم، عن مكحول، رفع الحديث إلىٰ النبي ﷺ قال: «من اشترىٰ شيئا لم يره=

ولم يقل: فهو[١] فاسد.

❁ فإن قيل: أراد به خيار الشَّرط[٢].

۞ قلنا: هذا الخيار إن تعلق بالرُّؤية فلم يتعلق برؤية مشترٍ لم يره، والنَّبي ﷺ علّقه برؤيته، فعُلم أنَّه خيار يتعلق برؤيته خاصة، وذلك خيار الرد والإجازة.

وعن عثمان بن عفان: «أنه باع من طلحة بن عبيد[٣] الله أرضًا، ثم اختلفا؛ فقال عثمان: لي الخيار؛ لأني بعت ما لم أره. وقال طلحة: لي الخيار؛ لأني اشتريت ما لم أره. فحكَّما جبير بن مطعم، فجعل الخيار لطلحة»(٤)، فهذا منهم اتفاق على الجواز.

وقد ظهر شراء العميان في الأسواق من الأصل بلا إنكار بخلاف المزارعة، فالنَّهي[٥] ظاهر من رسول الله ﷺ، ومن أبي حنيفة وشيعته[٦] فتوىٰ، وكذلك من الأصل بأنواع نهي عن المزارعة رويت عن رسول الله ﷺ(٧).

= فهو بالخيار إذا رآه إن شاء أخذه وإن شاء تركه». قال الدارقطني: هذا مرسل، وأبو بكر بن أبي مريم ضعيف. وضعفه البيهقي في «معرفة السنن والآثار» (١٢/٨).

[١] «أ» (هو) والمثبت في حاشية «أ».

[٢] في حاشية «أ» و«ص» (الشراء).

[٣] «أ» (عبد) والمثبت في حاشية «أ».

(٤) رواه البيهقي في «سننه الكبرىٰ» (١٠٤٢٤)، و«معرفة السنن والآثار» (١٠٩٥٦)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٥٥٠٧). قال البيهقي في «السنن الكبرىٰ» (٤٣٩/٥): «وروي في ذلك عن النبي ﷺ ولا يصح». وقال الذهبي في «المهذب في اختصار السنن الكبير» (٢٠٣٢/٤): «فيه انقطاع». وانظر: «الجوهر النقي» (٢٦٦/٥)، و«نصب الراية» (٩/٤)، و«البدر المنير» (٥٥٦/٩).

[٥] «أ» «ص» (فالذي)، والمثبت من حاشية «أ» و«ص».

[٦] «ص» (ومتبعيه).

(٧) من الأحاديث الواردة في هذا الباب ما رواه مسلم (١٥٤٩) عن عبد الله بن السائب، قال:=

والمعنى في المسألة: أن عين المبيع مال معلوم في يد البائع فيقبل البيع، قياسًا على المرئي أو الذي رآه من قبل، ثم بيع وأشير إلى مكانه. وتفسير هذه الأوصاف ما سبق لأول[١] المسألة، فقد ذكرنا أنَّه لا فرق بينه وبين المرئي إلا جهالة الوصف، وجهالة الوصف لا توجب الفساد؛ لأنَّ بيع العين يتعلَّق بالعين دون الوصف، حتَّى إذا كان الوصف قائمًا[٢] لم يقابله الثَّمن، ولم يسقط بفواته قبل القبض شيء من الثَّمن على ما مرَّ، وحكم المتبوع[٣] لا تتعلق صحته بالبيع في موضعٍ، ولأنَّ جهالة الوصف دون فوته أصلًا، والأوصاف المرغوب فيها لو كانت فائتة من السمع والبصر والأنف[٤]، كان البيع جائزًا مع الرُّؤية، فإذا كانت مجهولة أَوْلى.

ألا ترى أن جهالة العين فيما لا يتفاوت كقفيز[٥] من صبرة لا يمنع جواز البيع، وفوته أصلًا يمنع.

❁ فإن قيل: عدم الرُّؤية فوق العيب حكمًا؛ لأنَّ الرُّؤية متى حصلت أعلمت أوصافًا على تقدير السَّلامة على ما حكت[٦] الرُّؤية فصارت معلومة، كما لو أعلم بالشَّرط بأن اشتري[٧] على أنَّه تركي أو كاتب ونحوه، ولا إعلام في

= سألت عبد الله بن معقل عن المزارعة، فقال: أخبرني ثابت بن الضحاك، «أن رسول الله ﷺ نهى عن المزارعة». وفي لفظ: نهى عن المزارعة، وأمر بالمؤاجرة، وقال: «لا بأس بها».

[١] في حاشية «أ» زيادة (هذه).

[٢] «ص» (غائبا).

[٣] «ص» (المبيوع).

[٤] في «ص» وحاشيتي «أ» و«ن» زيادة (واليد والرجل).

[٥] «ص» (كقفيز حنطة).

[٦] «أ» (حكمت)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٧] في حاشية «أ» و«ص» (فاشترى).

مسألتنا هذه، فثبتت الجهالة، وهي في الأوصاف فوق العدم.

ألا ترىٰ أن هذا الخيار يمنع تمام العقد وإن قبض، حتَّىٰ لو اشترىٰ عبدين[١] لم يرهما[٢]، لا يملك ردّ أحدهما ـ وإن قبض قبل الرُّؤية ـ كما لا يملك قبل القبض، ولو كان رآهما وفيهما عيب ملك ردَّ أحدهما بعد القبض؛ وهذا لأنَّها متىٰ صارت معلومةً أمكن استيفاء بدلها إن لم يمكن استيفاء عينها، والمجهول لا يمكن استيفاؤه؛ لأنَّا لا ندري بأي قدرٍ ثبت، وفي ماذا ينازع؟ بخلاف فوت العين؛ لأنه لا يثبت مستحقًا مع فوات العين، والوصف يثبت مستحقًا مع فوته حتَّىٰ رجع ببدله.

۞ **قلنا:** سواء كان فوقهما أو دونهما[٣]، فقد ذكرنا أن صحَّة بيع العين لا يتعلق بالوصف؛ لأنه تبع فيه، علىٰ أن دخول الوصف تحت البيع مع فوته دليلٌ علىٰ كونه تبعًا للعين في باب بيع العين، فيصير حجَّة لنا علىٰ أن رؤية العبد لا يوجب دخول أوصافه تحت مطلق بيعه إلا ما يوجب تسمية العبد مشارًا إلىٰ مكانه، إلا أنها في المرئي المغيب فائتة، وههنا مجهولة، والجهالة دون الفوت لا محالة، حتَّىٰ إذا هلك العبد قبل التسليم بطل العقد، وإذا أبق وجهل لا يبطل.

فأما قولهم: إن عدم الرُّؤية يمنع تمام العقد مع القبض فلا كذلك عينها، بل معنىٰ تحتها[٤] وهو عدم رضىٰ المشتري، فالرضىٰ بالعين لا يتحقق إلا

---

[١] في حاشية «أ» و«ص» (شيئين).

[٢] في حاشية «أ» و«ص» زيادة (وقبضهما).

[٣] «ص» (فوقها أو دونها).

[٤] «أ» (طنها)، والمثبت من «ن» و«ص».

بأوصافها التي[١] تتحقق بالرُّؤية، وعدم الرضىٰ يمنع التمام كالبيع بشرط الخيار للمشتري، وأصل الرضىٰ في المرئي موجود علىٰ ما أوجبه ظاهر الرُّؤية لولا الآفة، ولكن سقط بتغيّر الحال.

❁ فإن قيل: وعدم الرضىٰ يبطل العقد.

❁ قلنا: لا كذلك عندنا، وكذلك عند الجميع، فإن البيع بشرط الخيار للمتبايعين جائز، واستثناء الخيار يمنع ثبوت الرضىٰ، ويوجب تعليق أحكام العقد بالسقوط، وكان فوق عدم الرُّؤية.

❁ فإن قيل: لو كان لعدم الرضىٰ لسقط إذا رضي وإن لم[٢] ير.

❁ قلنا: نعم، لكن الشّرع علّقه بالرُّؤية التي هي سبب ثبوت الاختيار، فإن الاختيار إنما يتصور بعد معرفةِ ما يصلح له، وما لا يصلح، والعلمِ بالرُّؤية، فصار الرضىٰ لغوًا قبل الرُّؤية؛ لأنه لا يفيد[٣] فائدته؛ إلا أنَّه صحيح، وإن جهلت المدة، لأنه ثبت حكمًا بمنزلة خيار يحدث بحدوث عيب.

❁ فإن قيل: لما لم يملك الرضىٰ لعدم محلِّه[٤] شرعًا لم يبق الرضىٰ في ملكه الذي بنىٰ عليه أمر التجارة.

❁ قلنا: إن سبب ملك الرضىٰ الرُّؤية[٥]، والرُّؤية في ملكه بطريقها، فصار

---

[١] «أ» «ن» (لكن)، والمثبت من «ص».

[٢] «أ» «ن» (ولم)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٣] «أ» «ن» (يعتد)، والمثبت من «ص» وحاشيتي «أ» و«ن».

[٤] «أ» (لمحله)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٥] «ص» (سبب الملك الرؤية).

الرضا مملوكًا حكمًا بملكه سببه[١] ، وهذا بخلاف خيار الشَّرط من حيث يملك إسقاطه ؛ لأنَّ محلَّ الرضا يثبت بالرُّؤية ، والخيار ثبت بشرطه ، والشَّرط حقُّه ، فسقط بإسقاطه ، وخيار العيب يثبت بناءً على صيرورة صفة السَّلامة حقًا له بالشِّراء على ما عرف ، وذلك في حكم جزء من المبيع ، وهو حقُّه[٢] فسقط بإسقاطه ، كما سقط بعض السَّلم والثَّمن ، والخيار ههنا ثبت لعدم الرضى ، وعدم الرضى لعدم محلِّه كان ثابتًا شرعًا لتحصل به فائدة التجارة من الرِّبح.

بخلاف النِّكاح فإنه يتم بلا رؤية ، ولما ثبت حقًا للشرع كالقبض في الشِّراء به يتم[٣] العقد شرعًا ، لا لحقٍّ له فيه فلم يتبدّل الشَّرع بإسقاطه ورضاه.

وبخلاف الآبق ؛ لأنه ليس في يديه ؛ لأنَّا نعني باليد يدا مسلّمة ؛ لأنَّ تمام البيع بالتسليم ، وفوته مفسد ، وكان كبيع عبد مغصوب ينكره الغاصب ، ويراه المشتري ويعرف أنَّه للبائع ، وكذلك بيع فص الخاتم لا يجوز ، وهو يرى ؛ لأنه عاجز عن التسليم إلا بالقلع ، والشَّرع لا يأمره به لما فيه من الضرر ، حتَّى إذا باع الآبق ممن هو عنده صح ؛ لأنَّ القدرة على التسليم ثابتة.

وأما اللبّ في الجوز ؛ فلا رواية فيه ، والظاهر أنَّه لا يجوز ؛ لأنه لا يمكنه التسليم إلَّا بكسر الجوز ، وفيه ضرر ، كما أن بيع فص الخاتم لا يجوز وإن كان مرئيًا ؛ وهذا لأنَّ الماليَّة التي تعتبر[٤] جوزًا يزول بالكسر[٥] ؛ ولأنَّ اللب قبل

---

[١] «أ» «ن» (لملكه بسببه) ، والمثبت من «ص».

[٢] «ص» (الذي هو حقه).

[٣] «أ» «ن» (السراية ينهي) ، والمثبت من «ص» ، وحاشيتي «أ» و«ن».

[٤] «أ» «ن» (يعتني) ، والمثبت من «ص».

[٥] «ص» (باللب).

الكسر صفة للجوزة محضة، لأنَّ صلاح الجوزة كذلك جوزة بلبها، والصِّفات لا تقبل البيع لما ذكرنا أنها أتباع.

بخلاف شراء التَّمر على النخل؛ لأنه معدٌّ لفصلٍ ممكنٍ مع بقاءِ الأصل، وبقاءِ الثمرة على حالها، فأشبه التجاور[١] من هذا الوجه، حتَّى لم تدخل تحت مطلق بيع الشجرة.

فأما اللبُّ فلا يمكن أخذه من الجوز إلا بعد ذهاب اسم الجوز كالدَّقيق من الحنطة، فدل على وجوده فيها لا بالتجاور.

وهذا بخلاف السَّلم؛ لأنَّ المسلم فيه سُمِّيَ[٢] في الذِّمَّة ولا يصير معلومًا بالاسم؛ لأنَّ له أنواعًا كثيرة مما يدخل تحته، والمشتري أخذ منها[٣]، فإذا كان بين الأنواع مما يدخل تحت الاسم تفاوتٌ معتبرلإ لم يجز، كما لو اشترى شاةً من قطيع، وإذا أتى بأوصاف هي شرط السَّلم قلَّ التفاوت أو لم يبق، فلم يفسد، وإن كانت الأمثال كثيرة والمشترى واحد منها.

كما إذا اشترى قفيزًا من صبرة، فكان الفساد لجهالة أصل المبيع جهالة فاحشة، لا بجهالة الوصف مع تعين[٤] الأصل.

فأما في مسألتنا هذه فالعين معلومة بالإشارة إليها، فالجهالة[٥] جهالة الوصف.

---

[١] «ص» (المجاورة). «ن» (التجاوب).

[٢] «ن»، «أ» (مسمى).

[٣] «ص» (أخذها). ولعل الأصح في العبارة: «والمشترَى أحدُها». والله أعلم.

[٤] «ص» (تعيين).

[٥] «أ» (والجهالة).

وأما الجواب عن النَّهي فالمراد به [بيع][١] ما ليس عنده في ملكه؛ فإنه لو باع عبدًا حاضرًا عنده لا يملكه ثم ملكه فسلَّم لم يجز.

ولو باع عينًا في ملكه غائبًا عن حضرته، وقد رآه المشتري [قبل ذلك][٢] = جاز إذا بيّن مكانه، وإذا حضر عنده، وكان في كفه، ولم يره المشتري= لم يجز عندك[٣]، وقد باع ما عنده.

وهكذا نقل سبب الحديث فإنهم كانوا يبيعون، ثم يشترون فيسلمون، فبلغ ذلك رسول الله ﷺ، فنهى عن بيع ما ليس عند الإنسان(٤)، والله سبحانه أعلم بالصواب.

|٩٥٤| **مسألةٌ**: إذا باع ذراعًا من عشرة أذرع من هذه الدار لم يصح عند أبي حنيفة.

وعندهما يصح.

لأنَّ الذراع اسم لمكان يأخذه الذراع، وهو مكان عين لا جزء[٥] شائع فلا يجوز، كما لو باع بيتًا من الجملة، لتفاوت أجزائها عينًا.

ويجوز عندهما؛ لأنه في العرف صار عبارة عن سهمٍ من عشرة أسهمٍ، فيتناول جزءًا شائعًا، وإنه جائز بالإجماع.

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٢] ما بين [ ] ليس في «ن» «ص».

[٣] «ص» (عينا في ملكه غائبة... رآها... مكانها... حاضرة وكانت... ولم يرها... لم يجز عندكم).

(٤) تقدم تخريجه.

[٥] «ص» (لآخر).

|٩٥٥| مسألةٌ: إذا اشترىٰ قطيعًا بعينها، كل شاة بعشرة= لم يجز عند أبي حنيفة، إلا أن يعلم بعدد الجملة في المجلس ويرضىٰ به.

وقال صاحباه: هو جائز؛ لأنه لو سمَّىٰ العدد أجزأه، فكذلك وإن لم يسمِّه؛ لأنَّ الإشارة أبلغ أسباب الإعلام، فلم يعتبر منها إعلام بالتَّسمية.

ألا ترىٰ أنَّه لو اشترىٰ هذه القطيع بألف درهم ولم يدر عدد القطيع كان جائزا.

ولا يجوز أن يفسد لجهالة الثَّمن؛ لأنه سمىٰ لكل شاة عشرة، وإذا كان نصيب كل شاة معلومًا استغنىٰ عن ذكر الجملة؛ لأنَّ التسمية متىٰ صحَّت صارت كل شاة في الثَّمن[١]، كأنه اشترىٰ علىٰ حدة[٢].

بخلاف ما إذا اشترىٰ[٣] برقمه ـ ولا يدري ما رقمه ـ فإنه لا يجوز حتَّىٰ[٤] يعلم به في المجلس ويرضىٰ به؛ لأنَّ تعيين الشَّيء يكون بالإشارة، وإذا لم يكن عينًا فبالتسمية، وقد عدمتا جميعًا؛ لأنَّ الرقم ليس بعين المسمىٰ، ولا وضع معيارًا للمسمَّىٰ ليصير معلوم القدر بإعلام معياره القائم مقام ذاته، فبقي الثَّمن مجهولًا جهالةً ضعيفةً؛ لأنَّ الرقم وإن لم يكن معيارًا [فهو معرِّف في الجملة بمنزلة المعيار، فمن حيث إنَّه شابه المعيار اقتضىٰ الجواز، ومن حيث إنَّه لم يكن معيارًا][٥] اقتضىٰ الفساد.

---

[١] «ص» (حق الثمن).

[٢] «ص» (كأنها اشتريت علىٰ حدة).

[٣] «ص» (اشترىٰ شيئا).

[٤] في حاشية «أ» (إلا أن).

[٥] ما بين [ ] ليس في «ن».

فقيل: ينعقد فاسدًا على احتمال الجواز بارتفاع الجهالة في المجلس؛ لأنَّ لساعات المجلس حكم ابتدائها في تدارك[١] شرائط جواز العقد في البعض منها، لخفَّة أمره.

وهذا بخلاف ما إذا استأجر شيئًا كل شهر بدرهم لم تجز[٢] الإجارة إلا في شهر؛ لأنَّ الجملة غير معلومة بالإشارة، فلم يصح لجهالة المعقود عليه، لا لجهالة الثَّمن[٣].

وأبو حنيفة يقول: بأن القطيع كله مشترى[٤] جملةً لا تفصيل فيها مبيعة، وإنما التفصيل في الثَّمن.

ألا ترى أنَّه لو استحق بعض المبيع[٥] ثبت له خيار ردِّ البقيَّة[٦]، وثمن جملة القطيع مجهول؛ لأنه لم يشر إليها بعينها، ولا ذكر قدرها بعددها أو معيارها[٧]. وطريق المعرفة[٨] أحد هذين، فأشبه ما إذا اشترى شيئًا برقمه أو بمثل ما اشتراه به فلان، بخلاف ما إذا اشترى[٩] بوزن هذا الحجر ذهبًا؛ لأنَّهما اصطلحا على أن يكون[١٠] معيارًا للثَّمن، وقد صار معلومًا بالإشارة إليه، فصار

---

[١] «ص» (حق تدارك).

[٢] «ص» (تجب).

[٣] «أ» «ن» (للثمن)، والمثبت من «ص».

[٤] «أ» (مشتراه).

[٥] «ص» (الجملة المبيعة).

[٦] في حاشية «أ» زيادة (إذا كان العدد معلوما ومتى كان مجهولا كان ثمن القطيع مجهولا).

[٧] «ص» (يشر إليه بعينه ولا ذكر قدره بقدره أو بمعياره).

[٨] «ص» وحاشية «أ» (الإعلام).

[٩] «ص» (اشترى عينا).

[١٠] «ص» زيادة (هذا).

في حقِّهما كما لو قالا بوزن هذه المثاقيل، وهي مشارٌ إليها، فيصير إعلام المعيار بالإشارة[1] بمنزلة إعلام الثَّمن بعينه[2]، وهو عينٌ مشارٌ إليه؛ إلَّا أنَّ الجهالة ضعيفةٌ على ما قالا، فيعود إلى الجواز بالارتفاع في المجلس؛ كالرَّقم بعينه.

ولهذا قال أبو حنيفة ـ فيمن اشترى صُبْرَةً كل قَفِيزٍ بدرهم ـ: إنَّ البيع يفسد في الجملة؛ لأنَّ ثمن الجملة مجهولٌ، ولكن يصحُّ في قفيز [واحدٍ][3]؛ لأنَّ ثمنه معلومٌ، وهو أيضًا معلوم القدر من حيث قفيز نكرة؛ لأنَّ [كلمة][4] «كلّ» تتناول كلَّ فردٍ[5] على حدةٍ، فيجوز؛ كما لو اشترى قفيزًا من الصُّبْرَةِ بدرهمٍ.

وفي مسألتنا لا يجوز في الواحد؛ كما لو اشترى شاةً من القطيع بعشرةٍ.

[6] وذكر في «كتاب الشُّفعة»: لو اشترى رجلٌ نصيب البائع في هذه الدَّار [أجزأه][7]؛ لأنَّ نصيبه معلومٌ بالإضافة إلى الملك[8]، والمكان معلومٌ بتعيين الدَّار، فصار بمنزلة ما إذا اشترى الثِّياب التي في هذا الجراب، وإنَّه[9] يجوز

---

[1] «ص» زيادة (إليه).

[2] «ص»، وحاشيتي «أ» و«ن» (نفسه).

[3] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[4] ما بين [ ] في «أ» و«ن» و«ص»، والمثبت من حاشيتي «أ» و«ن».

[5] «أ» «ن» (قدرٍ)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[6] في حاشية «أ» (مسألة).

[7] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص»، وفي حاشيتي «أ» و«ن» (أجزأ وهو قولهما).

[8] «ن»، «أ» (المالك).

[9] «ص» وحاشية «أ» (فإنه).

ـ وإن لم يعلم [عددها][1] ـ؛ لأنَّها في نفسها معلومةٌ[2] بظرفها[3]، وإن جهل المشتري ذلك.

وأبو حنيفة يقول: المبيع مجهولٌ، فلا يجوز؛ كما إذا اشترىٰ ثوبًا من الجملة.

وإنَّما قلنا ذلك؛ لأنَّ الإعلام حصل بذكر النَّصيب مضافًا إلىٰ صاحبه، والمُسمَّىٰ[4] بهذا الدَّليل يكون ثلثًا أو ثلثين أو أقلَّ أو [أكثر][5].

فأمَّا إذا اشترىٰ هذه الأثواب التي في هذا الجراب فقد[6] أشار إلىٰ العين بالإشارة إلىٰ المكان المحتوي عليها، حتَّىٰ امتاز [المشار إليه][7] عن غيره[8].

وفيما نحن فيه لم يميِّز قدر ملكه بما سمَّىٰ، فإنَّه [ميَّز][9] باسم لا يفصل بين قدرٍ وقدرٍ مع تفاوت المقادير[10].

فقول أبي حنيفة إلىٰ القياس أقرب، وقولهما إلىٰ الاستحسان.

---

[1] ما بين [ ] ليس في «ص».

[2] في حاشية «أ» (معدومة).

[3] «ص» (بطرقها).

[4] «أ» «ن» (والمشترىٰ)، والمثبت من «ص»، وحاشيتي «أ» و«ن».

[5] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[6] «أ» و«ن» (التي فيها بعد)، والمثبت من «ص» وحاشيتي «أ» و«ن».

[7] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[8] «أ» «ن» (غيرها)، والمثبت من «ص».

[9] ما بين [ ] ليس في «أ» «ن»، والمثبت من «ص» وحاشيتي «أ» و«ن».

[10] «ص» زيادة: (والمسمىٰ فيما نحن فيه من الاسم الموضوع بقدر نصيبه مما لا يقبل الإشارة وحاجتنا إليه).

فهذه مسائلُ اشتمل البدل فيها على الجهالة[١] وعلى العلم من وجهٍ؛ فقيل بالفساد إلى أن يعلم في المجلس، فيجوز، ولم يقل بفساد باب؛ لأنَّ الجهالة غير ثابتة[٢] مطلقة ليكون الحكم بقدر العلَّة[٣].

/٩٥٦/ **مسألةٌ**: إذا اشترى أحد ثوبين بعشرةٍ على أنَّه بالخيار يأخذ أيَّهما شاء، ويردُّ الآخر، وكذلك أحد الأثواب الثَّلاثة بهذا[٤] الشَّرط= جاز استحسانًا عندنا.

وعند زفر: لا يجوز قياسًا.

لأنَّ المبيع أحد الأثواب، وإنَّه مجهولٌ متفاوتٌ، وهذه جهالةٌ مفسدةٌ للعقد؛ كما لو لم يشترط خيارًا؛ وكما لو اشترى أحد الأثواب الأربعة على أنَّه بالخيار، يأخذ أيَّها شاء ويردُّ الآخر.

ووجه الاستحسان[٥]: أنَّا أجمعنا أنَّ البيع بشرط الخيار ثلاثة أيَّامٍ يجوز، ولا يجوز أبدًا، وكان القياس أن لا يجوز؛ لأنَّه يمنع العقد عملَه، فلم يكن ملائمًا له، والأصل أنَّ الشَّرط الذي لا يلائم البيع[٦] يفسده، لأنَّه نُهي عن بيعٍ وشرطٍ، ثمَّ الشَّرع جَوَّز مع شرط الخيار في ثلاثة عددٍ من الأزمنة على ما يعدُّ بها الأزمنة

[١] في حاشية «أ» (من وجه).
[٢] «ص» (تامة).
[٣] «ص» (العلم والله أعلم).
[٤] «أ» «ن» (فالبيع بهذا...)، والمثبت من «ص»، وهو المناسب للسياق.
[٥] في حاشية «أ» (في ذلك).
[٦] «ص» (العقد).

عادةً من الأيّام، ونبّه علىٰ العلّة[١]؛ وهي نفي الغبن، وتجري الموافقة علىٰ ما رُوي في قصّةِ[٢] شرطِ الخيار.

وكما ينتفي الغبن بالنّظر في عين واحدٍ علىٰ توالي الأزمنة يرتفع بالنّظر في الأعيان ليختار الأوفق له منها؛ بل هذا أحرىٰ[٣]؛ لإصابة النّظر وفساد البيع بجهالة المبيع، مثل الفساد بالشّرط؛ لأنّ كلّ واحدٍ منهما يفسده، ولا يبطله أصلًا؛ بل يجب الملك به، فلمّا احتمل الشّرط في مدّة الثّلاث[٤] نفيًا للغبن، فلأن يحتمل الجهالة في[٥] الثّلاث نفيًا للغبن أولىٰ وأحرىٰ.

ثمّ لم يحتمل في الشّرط أكثر من ثلثٍ[٦]، فكذا ههنا من طريق الأولىٰ أيضًا، لأنّ الثّلث[٧] مشتملٌ علىٰ كلّ الأوصاف جيّدٍ ورديء ووسط، فتصير الزّيادة لغوًا وضعًا[٨].

وقد قال علماؤنا فيمن دفع إلىٰ آخر ثوبًا وقال له: «انظر فيه إلىٰ ثلاثة أيّامٍ، فإن رضيته[٩] فهو لك بعشرةٍ من قرضٍ» = تمّ البيع بينهما بعشرةٍ، ويكون بمعنىٰ المعلّق بالشّرط؛ لأنّ الخطر[١٠] مفسدٌ كالشّرط، فلمّا احتمل الشّرط نفيًا للغبن

[١] «أ» «ن» (وفيه عين العلّة)، والمثبت من «ص»، وحاشيتي «أ»، و«ن».
[٢] «ص» (الخبر الوارد في).
[٣] في حاشيتي «أ» و«ن» (أولىٰ).
[٤] «ص» وحاشية «أ» (الثلاثة).
[٥] «ص» (بين)، وفي حاشية «أ» (من).
[٦] «ص» (ثلاثة).
[٧] «ص» (الثلاثة).
[٨] في حاشيتي «أ» و«ن» (وصفا).
[٩] «أ» «ن» (رضيت)، والمثبت من «ص».
[١٠] «ص» (الحظر).

بإثبات الخيار له ثلاثة أيَّامٍ احتمل الخطر[١] أيضًا بهذا الشَّرط ، فهذه جهالة مبيعٍ سقط اعتبارها بخيار الشَّرط استحسانًا ، والقياس أن تكون مفسدةً.

ودلَّ[٢] عليه ـ ما مرَّ في شراء شيءٍ لم يره ـ أنَّ جهالة المبيع إذا لم تتضمَّن تفويت القبض لا يفسد البيع ؛ كقفيزٍ من صُبْرة ، وإذا جعل الخيار لأحدهما فلا منازعة فيه ، فلا يفوت[٣] قبض ؛ إلَّا أنَّا قصرنا الأمر على الثُّلث[٤] استحسانًا ؛ لأنَّ المقصود من الخيار ـ وهو النَّظر[٥] ـ يتمُّ بثلاثٍ[٦] لاشتمالها على الأوصاف كلِّها ، ولم يجز في الأكثر لتفاحش الجهالة بلا فائدةٍ.

|٩٥٧| مسألةٌ: قال علماؤنا: الخَرْصُ لا يوجب إعلام المبيع ، فلا يجوز بيع التَّمر على رأس النَّخل بمثله خرصًا عندنا.

وقال الشَّافعي(٧): يجوز بمثله خرصًا محدودًا فيما دون خمسة أوسقٍ.

لأنَّ النَّبي ﷺ «رخَّص في بيع العرايا خرصًا»(٨) ، وفي رواية «فيما دون خمسة أوسقٍ»[٩].

---

[١] «ص» (الحظر).

[٢] «ص» وحاشية «أ» (ويدل).

[٣] «ص» وحاشية «أ» (فلا فوت).

[٤] «ص» (الثلاثة).

[٥] «ص» (النظر والنظر).

[٦] «ص» (ثلاثة).

(٧) انظر: «الأم» (٣/٥٥) ، و«مختصر المزني» (٨/١٧٩) ، و«الحاوي» (٥/٢١٤).

(٨) رواه البخاري (٢١٩٠) ، ومسلم (١٥٤١) ، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه «أن النبي ﷺ: رخص في بيع العرايا في خمسة أوسق ، أو دون خمسة أوسق».

[٩] في حاشية «أ» زيادة (فحمل المطلق على المقيد).

ولأنَّ القياس ألَّا يجوز بيع ما ليس بعينٍ سلمًا، ثمَّ جوزت رخصةً لحاجة المفاليس [إلىٰ بيع ما لم يدرك، وأقيم الوصف مقام العين دفعا للحرج، فكذلك القياس][١] ألَّا[٢] يجوز بيع التَّمر قبل الجذاذ لعدم الكيل؛ ولكن قد يحتاج الإنسان إلىٰ بيعه بتمرٍ مجذوذٍ لعدم إمكان الجذاذ لعذرٍ، فجُوِّز، وأقيم الخرص مقام الكيل دفعًا للحرج.

إلَّا أنَّ هذا لا يقع عادةً إلَّا في القليل، فبقي الكثير علىٰ أصل القياس، وطلب الفصل بين القليل والكثير بالشَّرع، وقد روىٰ الشَّافعي في كتابه: «أن النَّبي ﷺ سُئل عن بيع التَّمر علىٰ رأس النَّخيل قبل الجذاذ بمجذوذٍ، فأباح»(٣).

ولنا: ما رُوي عن النَّبي ﷺ: «أنَّه نهىٰ عن بيع الطَّعام بالطَّعام إلَّا سواءً بسواءٍ كيلًا بكيلٍ»(٤).

وقال: «التَّمر بالتَّمر مثلًا بمثلٍ كيلًا بكيلٍ»(٥).

وهما خبران يجريان مجرىٰ المتواتر، فلا يزاد عليهما المساواة بالخرص، وقد قصر الأمر فيهما علىٰ المساواة بالكيل.

وعن النَّبي ﷺ: «أنه نهىٰ عن المزابنة»(٦)، وهي بيع التَّمر علىٰ رأس

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص»، وحاشيتي «أ» و«ن».

[٢] «ن» (وألا).

(٣) لم أقف عليه بهذا اللفظ، وفي معناه ما روىٰ البخاري (٢١٩١)، ومسلم (١٥٤٠). من حديث سهل بن أبي حثمة رضي الله عنه قال: «نهىٰ رسول الله ـ ﷺ ـ عن بيع التمر بالتمر، إلا أنه رخص في العرية أن تباع بخرصها تمرًا، يأكلها أهلها رطبًا».

(٤) سبق تخريجه.

(٥) سبق تخريجه.

(٦) رواه البخاري (٢١٧١)، ومسلم (٧٢) من حديث عن ابن عمر «أن رسول الله ﷺ نهىٰ=

النَّخل بتمرٍ مجذوذٍ، هكذا فسَّرها أبو عبيد في الغريب[١].

وكذلك القياس معنىً، فإنَّ معرفة القدر بالخرص مجذوذًا[٢] فوق ما إذا لم يكن مجذوذًا[٣]، ولا يجوز في المجذوذيْن[٤]، [فكذلك في المجذوذ][٥] بغيره، [وكذلك إذا كانا غير مجذوذين][٦].

وحديث العريَّة شاذ ورد بخلاف القياس الصَّحيح، فلا يقبل عندنا إلَّا أن يكون الرَّاوي فقيهًا معلومًا.

وهذا ورد مخالفًا لخبرٍ مشهورٍ بأن زاد مساواةً أخرىٰ[٧] علىٰ الكيل، وإنَّه يجري مجرىٰ النَّسخ فلا يصحُّ بالإجماع.

ثمَّ التَّأويل عندنا: أنَّ العريَّة في اللُّغة اسمٌ للعطية، يُقال: عَرَىٰ يَعْرُو إذا سأل، وأعْرَىٰ يُعْرِي إذا أعطىٰ، يقول الشاعر:

لَيْسَتْ بِسَنْهَاء ولا رُجَبِيَّةٍ ✽ ولكن عرايا في السِّنِينِ الجَوَائِحِ(٨)

يعني العطايا، يمدح نفسه بها، والمدحة بالعطية تكون؛ لا بالتِّجارة.

= عن المزابنة».

[١] «ص» (غريب الحديث). وانظر: «النهاية في غريب الحديث والأثر» (٢/٢٩٤).

[٢] «أ» «ن» (محدودًا)، والمثبت من «ص».

[٣] «أ» «ن» (محدودًا)، والمثبت من «ص».

[٤] «ص» (المجذوذين).

[٥] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

[٦] ما بين [ ] ليس في «أ»، و«ن»، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٧] «أ» (أجري).

(٨) البيت منسوب لسويد بن الصامت، وهو من الطويل. انظر: «لسان العرب» (١٣/٥٠٢).

وقال النَّبي ﷺ للخراص: «**دعوا في المال الثُّلث، فإن لم يكن فالرُّبع، فإن فيه العريَّة والوصيَّة**»(١)؛ يعني: العطية حياةً ومماتًا.

وكان الرَّجل منهم يعري حميمًا له أو صديقًا تمر نخلةٍ من نخيله ـ ثمَّ كان يشقُّ عليه الدُّخول لمكان حرمه ـ أو سائر النَّخيل، فكان يعطيه بدل ذلك تمرًا مجذوذًا خرصًا، وإنَّه جائزٌ عندنا؛ لأنَّ الملك لا يقع إلَّا بالجذاذ، فلا يكون بيعًا[٢]؛ بل هبة مكان هبة، إلَّا أنَّ[٣] الرَّاوي سمَّاه بيعًا لتصوُّره بصورة البيع مجازًا؛ كبيع الحرِّ.

وكأن الحادثة [كانت][٤] فيما دون خمسة أوسقٍ، وسُئل عنه رسول الله ﷺ

---

(١) لم أقف عليه باللفظ الذي ذكره المصنف، والحديث دون قوله: «فإن فيه العريَّة والوصيَّة»، رواه أحمد (١٥٩٥٤)، وأبو داود (١٦٠٥)، والترمذي (٦٤٣)، والنسائي (٢٤٩٠)، والحاكم في «المستدرك» (١٤٦٨)، من حديث عبد الرحمن بن مسعود بن نيار، ـ واللفظ لأبي داود ـ قال: جاء سهل بن أبي حثمة ﷺ إلى مجلسنا، فحدث أن رسول الله ﷺ قال: «إذا خرصتم، فجذوا، ودعوا الثلث، فإن لم تدعوا، أو تجذوا الثلث، فدعوا الربع».
قال الترمذي (٣/٢٦): «وفي الباب عن عائشة، وعتاب بن أسيد، وابن عباس، والعمل على حديث سهل بن أبي حثمة عند أكثر أهل العلم». وقال الحاكم: «هذا حديث صحيح الإسناد».
وفي الحديث عبد الرحمن بن مسعود بن نيار، قد اختلف فيه، وأعله ابن القطان. انظر: «بيان الوهم» (٥/٥٤٩)، و«تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج» (٢/٥٥)، و«كشف المناهج والتناقيح» (٢/٩٧)، و«البدر المنير» (٥/٥٤٦).
وروى ابن عبد البر في «التمهيد» (٦/٤٧٢) من طريق ابن لهيعة، عن أبي الزبير، عن جابر أن رسول الله ﷺ قال: «خففوا في الخرص، فإن في المال العرية والواطية والأكلة والوصية والعامل والنوائب». وابن لهيعة متكلم في حفظه.

[٢] «ن» (تبعا).

[٣] «ص» (لأن).

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ»، و«ن»، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

فجوَّزه، ولم يره قبيحًا؛ كما استقبح الرُّجوع في الهبة، فظنَّ الرَّاوي أنَّه بيعٌ على الحقيقة، ونقل على ما ظنَّ على سكوت عن السَّبب؛ ولذلك جعلنا القياس أولى منه إذا لم يكن الرَّاوي فقيهًا؛ لأنَّه يغلط.

فأمَّا رواية الشَّافعي نصًّا بسببه[١] بحيث لا يحتمل تأويلًا، إن ثبت قيل به، وإنَّا نترك القياس بالخبر، فنزيد ضربًا آخر من المساواة رخصةً بالخبر إذا ثبت مثل الأوَّل[٢]، فإنَّه يجري مجرى النَّسخ ولم يثبت[٣]، فهذا فسادٌ عندنا للجهالة أيضًا، والله أعلم.

❊ ❊ ❊

[١] «ص» (بعينه).

[٢] «ن» (لأولى).

[٣] في حاشيتي «أ» و«ن» (والنهي عن المزابنة يجعل واردا عليه لأن الحظر وارد والإباحة أصل).

فَصْــلٌ

الاختلاف لمانع في المبيع

|٩٥٨| مسألةٌ[١]: الكافر إذا اشترىٰ عبدًا مسلمًا جاز عندنا، وأجبر علىٰ البيع[٢].

وقال الشَّافعي(٣): لا يجوز.

لقوله تعالىٰ: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٤١] ولا سبيل فوق الملك؛ لأنَّ المالكيَّة أعلىٰ درجات الشَّخص والمملوكيَّة أسفلها، ومعنىٰ ﴿لَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ﴾ لن يشرع الله؛ كقوله: ﴿لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا﴾ [المائدة: ٤٨] ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨]، أي ما شرع.

والمعنىٰ فيه: أنَّ الملك الثَّابت بالبيع ملكٌ يمنع قرار الكافر به علىٰ المسلم، فيمنع ابتداءً[٤]؛ كملك النِّكاح، وعكسه ملك الإجارة، لما لم يمنع الإسلام الابتداء لم يمنع القرار.

وهذا؛ لأنَّ القرار في الدَّوام، ودوام الشَّيء يكون علىٰ صفة الابتداء؛ لأنَّه

---

[١] الترجمة ليست في «ن» و«ص».

[٢] في حاشية «أ» (بيعه).

(٣) انظر: «الحاوي» (٥/٣٨١)، و«البيان في مذهب» (٥/١٢٢)، و«المجموع شرح المهذب» (٩/٣٦٠).

[٤] «ن» (ابتداءه)، «ص» (ابتدأه).

بقاءٌ علىٰ ما كان ، فإذا لم يكن الدَّوام مشروعًا ـ ووجب قطعه ـ فكذلك الابتداء لا يكون مشروعًا ، ويجب ردُّه .

ولأنَّ ملك البيع ملك عين ، وذلك يوجب سلطان المالكيَّة علىٰ العين ، ويد الاستيلاء ؛ فيكون استذلالًا بالمسلم ، واستذلال الكافر المسلم غير مشروعٍ بحالٍ ، بخلاف ملك الإجارة ؛ لأنَّه[١] عقد تمليك المنفعة ، وإنَّما يثبت في كلِّ منفعةٍ تحدث بإيجاب المسلم ، وما يستحقُّ عليه بإيجابه لا يكون قهرًا عليه ، إنَّما القهر في الاستحقاق كرهًا[٢] ، كما يستحقُّ خدمته في الشِّراء والنِّكاح كرهًا .

قال: ولأنَّ المسلم آمن شرعًا عن يد استيلاء الكافر عليه ، فلا يصحُّ شراؤه ؛ قياسًا علىٰ شراء المحرم صيدًا مملوكًا ، وهذا لأنَّ تمام الشِّراء بيد استيلائه[٣] ، فإنَّه لو هلك قبل القبض فسد الشِّراء ، ويد المشتري يد استيلاء ؛ لأنَّها يد مالك .

ولا يلزم علىٰ هذا شراء الكافر أباه أو [ابنه][٤] المسلم ، فإنَّه يصحُّ .

وكذلك ـ علىٰ أصل الشَّافعي ـ: الكافر يلزمه عتق رقبةٍ مؤمنةٍ بالقتل ، ويؤمر بأن يقول لآخر: أعتق عبدك عنِّي بألف[٥] درهم ، فيعتقه[٦] ؛ فيصحُّ ، وهو شراءٌ ، ثمَّ إعتاقٌ ؛ لأنَّه لا نصَّ في شيءٍ من ذلك ، والظَّاهر أنَّه يصحُّ ؛ لأنَّ العتق متىٰ

---

[١] زاد في حاشية «أ» (يملك المنفعة).

[٢] «ص» وحاشية «أ» زيادة (عليه).

[٣] «أ» «ن» (استيلاء) ، والمثبت من «ص».

[٤] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».

[٥] «أ» (علىٰ ألف).

[٦] «ن» (ليعتقه).

صار حكم[١] الشِّراء متَّصلًا به ـ والعتق إخراجٌ عن ذلِّ المملوكيَّة إلىٰ [شرف][٢] المالكيَّة ـ انقلب الاستذلال إكرامًا ؛ [لأنَّ الأمور بعواقبها ، فأمَّا إذا لم يكن العتق من حكمه بقي ذلًّا ببدايته ؛ كالجرح نفسه ضرر ، ولا يحلُّ لأحد ابتداءً][٣] ، والفصد[٤] حلالٌ ، والختان مأمورٌ به ؛ لما في[٥] الفصد من الشِّفاء ، وفي الختان إقامة طهرةٍ شرعيَّةٍ .

وكذلك سقي التِّرياق على الابتداء قتلٌ وحرامٌ ، وفي مقابلة سُمٍّ أصابه مأمورٌ به ؛ لأنَّه يصير شفاءً ، ويرتفع به ضرر السُّمِّ عنه .

وترك الصَّلاة المفروضة حرامٌ ، وعند الحاجة إلىٰ قتال الكفرة واجبٌ .

ولهذا جوَّزنا بيعه وهو تصرُّفٌ وضرب استيلاء[٦] ؛ لأنَّه سببٌ لزوال استيلائه واستذلاله ، والحرمة كانت لمعنىٰ استيلائه علىٰ المسلم ، فهو كالذِّمِّي يطلِّق امرأته المسلمة ولا ينكحها .

ألا ترىٰ أنَّكم تنهون الكافر عن شراء المسلم ، وتنهون المسلم عن بيع عبده المسلم من الكافر ، ولا تنهون [الذمي][٧] عن بيعه ، ولا عن شراء الأب ؛ بل تأمرون بذلك ، وكان ذلك من الابن جزاءً[٨] لأبيه .

---

[١] «ص» (من حكم) .

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من «ص» .

[٣] ما بين [ ] ليس في «ن» .

[٤] «ن» (كالفصد) .

[٥] «ص» وحاشية «أ» زيادة (عاقبة) .

[٦] في حاشية «أ» (استذلال) .

[٧] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من «ص» .

[٨] «ص» (جائز) .

وكذلك قلتم: إنَّ شراء الأب إعتاقٌ حكمًا، وجوَّزتم التَّكفير به، وكذلك [على][1] هذا إذا قال لآخر: «أعتق عبدك عني[2]»؛ لأنَّه لا يتمُّ إلَّا بإعتاقه، والمأمور متى أجابه بالبيع لم ينعقد.

ولأنَّا سعينا لنسوِّي بين البقاء والابتداء، والذِّمِّي إذا أسلم عبده[3]، فكاتبه بقي على ملكه؛ لأنَّه عقد إنعامٍ بالعتق؛ لأنَّ آخره العتق، وكذلك الابتداء إذا كان العتق من حكمه يكون صحيحًا؛ ولأنَّ هذا البيع منهيٌّ عنه بالإجماع، وإنَّما نُهي[4] لمعنى إسلام العبد كرامةً له، وإسلامه معنًى فيه، والنَّهي متى كان لمعنًى في المنهيِّ عنه أوجب الفساد بالإجماع؛ كبيع الخمر والحُرِّ.

قال: ولا معنى لقولكم: إنَّ العبد إذا أسلم بقي على ملك الكافر، وكذلك إذا مات ورثه ولده الكافر؛ لأنَّ الإرث بقاءٌ على الملك؛ كبقاء الأوَّل عليه ـ على ما عرف ـ، وليس البقاء على الملك كابتداء الملك، فإنَّ المسلم يبقى على ملكه الخمر، وكذلك يرثها، ولا يملك أن يتملَّكها قصدًا، وتعليلنا لإفساد ملكٍ[5].

وكذلك المسلمة تبقى على ملك [الكافر[6]، وابتداءُ التَّملك لا يصحُّ، وكذلك المشركة تبقى على ملك][7] المسلم، والابتداء حرامٌ؛ فثبت أنَّ قياسَ ابتداءِ كسبِ الملكِ بالبقاء قياسٌ فاسدٌ، وإنَّما يُعتبر بابتداء مثله.

---

[1] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[2] «ص» وحاشية «أ» زيادة (بألف درهم).

[3] «ن» (عنده).

[4] في حاشية «أ» زيادة (عنه).

[5] في حاشية «أ» (التملك)، «ص» (التمليك).

[6] «أ» (المسلم الكافر)، «ن» (المسلم)، والمثبت من «ص».

[7] ما بين [ ] ليس في «ن».

بل قيل: لما وجب قطع البقاء وجب ردُّ الابتداء؛ لأنَّ القطع وجب بمعصيته التي لحقت به، والمعاصي يجب ردُّها من الابتداء؛ كما يجب قطعها إذا وقع فيها لا بصنعه.

ولأنَّه يبيعه من كافرٍ ثمَّ الآخر من كافرٍ، فيبقىٰ تحت أيديهم أبدًا[١].

ولعلمائنا: العمومات المجوزة للبيع من غير تفصيلٍ بين مالٍ ومالٍ، [ومالكٍ ومالكٍ][٢].

ولأنَّه يملك بيع هذا المال فيملك شراءه؛ قياسًا علىٰ سائر الأموال.

وهذا المعنىٰ فقهي، وهو: أنَّ البيع لا يفارق الشِّراء من حيث إنَّه تصرُّفٌ بحكم ملك العين والولاية عليه، وإنَّما يفارقه بحكمه، وهو: أنَّ البيع يزيل الملك، والشِّراء يجلبه، وبهذه المفارقة لا يجب بطلان الشِّراء؛ لأنَّ الشِّراء لا يجدِّد صفة المملوكيَّة للعبد؛ فإنَّه كان مملوكًا قبل شرائه كما هو بعده، لا[٣] مفارقة في [حقِّ][٤] العبد بوجهٍ، وإنَّما يتجدَّد بالشِّراء في حقِّ العبد الإضافة إلىٰ الكافر؛ فإنَّه قبل هذا كان يُضاف إلىٰ المسلم، والآن يُضاف إلىٰ الكافر، وإضافة المسلم إلىٰ الكافر بالملك مشروعة، فإنَّه إذا أسلم في ملك الكافر يبقىٰ الملك علىٰ حاله والإضافة، وكذلك يرثه ولده، ويتجدَّد اسم المالكيَّة للوارث، وإن لم يتجدَّد سبب الملك في العين.

---

[١] في حاشية «أ» زيادة (وقال الله تعالىٰ ﴿وَلِلَّهِ ٱلۡعِزَّةُ وَلِرَسُولِهِۦ وَلِلۡمُؤۡمِنِينَ﴾ [المنافقون: ٨]).

[٢] ما بين [ ] ليس في «ص».

[٣] في حاشية «أ» (بلا).

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ»، و«ن»، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

فثبت أنَّ هذه الإضافة الحادثة بالشِّراء ممَّا شرعه[١] الله[٢]، وبقَّاها[٣] بقوله تعالىٰ: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٤١] وإنَّما الذي لم يجعل علىٰ الكافر أن يستخدم المسلم قهرًا بسلطان الملك، وفي الاستخدام بغير رضاه قهرًا استذلالٌ به[٤]، وإنَّه غير مشروعٍ [له][٥]؛ ولهذا يحرم الاستخدام إذا أسلم عبده.

ولا يجب علىٰ العبد طاعته إذا استخدمه، والشِّراء موجبٌ لملك الرَّقبة، وملك الرَّقبة يوجب ملك الخدمة، فنهي الكافر عن شراء المسلم لأنَّه سببٌ لملك الاستخدام، وفيه استذلالٌ، [وإنَّه حرامٌ، فكان النَّهي عن الشِّراء لمعنىً في غيره؛ لأنَّ ملك الخدمة ملك منفعةٍ][٦]، وإنَّه حكمٌ آخر غير حكم البيع ونفسه.

وهو ممَّا ينفصل عن الشِّراء وحكمه أيضًا، فإنَّه يشتري أباه، ولا يملك خدمته بحالٍ، ويكاتب عبده، فيزول ملك الخدمة زوال سقوطٍ[٧]، وملك الرَّقبة باقٍ، وبالشِّراء يملك الرَّقبة، ولا يملك التَّصرُّف إلَّا بالقبض، والاستخدام ضرب تصرُّفٍ بحكم ملك الرَّقبة، وإذا كان النَّهي عنه لأنَّه سببٌ [لأمرٍ][٨] غير مشروعٍ منفصلٍ عن الشِّراء، وحكمه لم يوجب فسادًا؛ كالبيع وقت النِّداء يوم الجمعة

[١] «ن» (شرعها).
[٢] «ص» وحاشية «أ» زيادة (لا مما لم يشرعه الله).
[٣] «ص» (ونفاها).
[٤] «ص» (قهر واستذلال له).
[٥] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٦] ما بين [ ] ليس في «ن».
[٧] «أ» «ن» (سقوطه)، والمثبت من «ص».
[٨] ما بين [ ] ليس في «أ»، و«ن»، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

منهيٌّ عنه، وهو جائز[١]؛ لأنَّ النَّهي كان لمعنىٰ ترك السَّعي إلىٰ الصَّلاة لا للبيع.

وكذلك الصَّلاة في أرضٍ مغصوبةٍ منهيٌّ عنها، وهي جائزةٌ[٢]؛ لأنَّ النَّهي لغصب الأرض بنفسه، لا لشغل نفسه بالصَّلاة، وغصب الأرض فعل غير فعل الصَّلاة، ينفصل أحدهما عن الآخر، وقد يتَّصل.

ولهذا [المعنىٰ][٣] يجبر علىٰ الإزالة؛ لأنَّ بقاء الملك سبب ملك الخدمة ساعة فساعة، فيلزم ترك سبب الاستذلال بالمسلم[٤]، وتركه في قطعه؛ كما يكون يؤمر عند الابتداء بالتَّرك، وذلك في الامتناع عنه، ولكن في البقاء إذا لم يترك ولم يبع صحَّت الإضافة شرعًا، فكذلك إذا اشترىٰ يصحُّ شرعًا.

وهذا كالمصلِّي في أرضٍ مغصوبةٍ يؤمر بترك الغصب دون الصَّلاة، فإذا لم يمكنه إلَّا بقطع الصَّلاة بالمشي أمر بالقطع لا لنفس الصَّلاة؛ بل لأنَّها سبب الغصب؛ كما ينهىٰ في الابتداء عن الصَّلاة التي هي سبب[٥]، وإذا لم يقطع كانت الصَّلاة صحيحةً وبقاء، وكذلك إذا شرع فيها ابتداءً غاصبًا للأرض كانت صحيحةً.

ولا كذلك باب نكاح المسلمة، فإنَّه حرامٌ لتجدُّد صفة المملوكيَّة علىٰ المرأة بالنِّكاح، دون الإضافة إلىٰ الرَّجل، فالإضافة مشروعةٌ إذا أسلمت المرأة، وتجدُّد صفة المملوكيَّة علىٰ المسلمة من جهة الكافر غير مشروعٍ، فإنَّ الكافر إذا

---

[١] في حاشية «أ» زيادة (مع ذلك).

[٢] «أ» «ن» (جائز، وهو منهيٌّ عنها)، والمثبت من «ص».

[٣] ما بين [ ] ليس في «ص».

[٤] «ص» (للمسلم).

[٥] «ص» وحاشية «أ» زيادة (الغصب).

استرق[١] مسلمًا لا يجوز، وكذلك لا يجوز نكاح الكافر أمةً مسلمةً، وإن كانت مملوكةً وطئًا؛ لأنَّ ملك النِّكاح غير ملك اليمين، وإنَّما يظهر التَّغاير بالأحكام.

ألا ترىٰ أنَّ ملك النِّكاح يملك[٢] [به][٣] الطَّلاق والإيلاء والظِّهار، والنَّسب يثبت به من غير وطءٍ ولا دِعوةٍ، ويثبت للمرأة حقُّ الجماع والنَّفقة والمهر، فإذا كان هذا غير[٤] ذلك الملك في حقِّ المملوكيَّة، فالجماع حقُّها والنَّفقة حقُّها، [والازدواج حقُّهما[٥]][٦]، وكذلك المهر، ولم يكن هذا حين كانت [توطؤ][٧] بملك اليمين= عُلم[٨] أنَّه يثبت بالنِّكاح علىٰ سبيل الابتداء، وإنَّه غير مشروعٍ.

فأمَّا الشِّراء ـ وإن أوجب ملكًا جديدًا[٩] ـ ففي حقِّ العبد فلا يتغيَّر[١٠]، فإنَّ العبد في نفسه علىٰ الحكم الذي كان قبل الشِّراء، وهذا تغايرٌ لا يعرف إلَّا بالحكم؛ وهذا لأنَّ إيجاب ملك مبتدإٍ في حقِّ المملوك إيجاب ذلٍّ، فإنَّ المملوكيَّة إذا قوبلت بالمالكيَّة كان غايةً في الذُّلِّ ـ علىٰ ما قاله **الخصم** ـ، فإيجابه ابتداءً من قبل الكافر استذلالٌ حكمًا، وإن لم يكن حسًّا، فأمَّا إذا كان مملوكًا في

---

[١] «ص» (اشترىٰ).

[٢] «ن» (يملكه).

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٤] «ص» (عين).

[٥] في حاشية «أ» (حقها).

[٦] ما بين [ ] ليس في «ص».

[٧] ما بين [ ] ليس في «ن».

[٨] «أ» «ن» (علىٰ)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٩] في «ص» وحاشية «أ» زيادة (للمشتري).

[١٠] «أ» «ن» (فليس يفترقان)، والمثبت من «ص».

نفسه فلم يتبدَّل حكمه في نفسه بتغيُّر الإضافة، والذي[1] يعتبر حكمًا لم يلحقه ذلٌّ مبتدأً، فلم يكن سببه استذلالًا، ولا تخليصًا عن الذُّلِّ، فبقي الاستذلال في الاستخدام الحسِّي الذي يتعارف استذلالًا إذا كان قهرًا؛ لأنَّه أمرٌ مبتدأٌ، غير أنَّه أبيح لمسلمٍ مثله، ولم يبح للكافر.

فثبت أنَّ الآية لا تلزمنا؛ لأنَّ الذلَّ[2] غير مشروع ممَّا ينفصل الشِّراء عنه، وإنَّ الشِّراء ليس كالنِّكاح على ما مرَّ.

وأمَّا قوله: «الشِّراء يوجب يد[3] استيلاءٍ لا ينفكُّ[4] عنه» فغلطٌ؛ لأنَّ الشِّراء يتمُّ بالتَّخلية ـ وإن كرهه المشتري ـ، ولا استيلاء فيه، وكذلك يشتري الكافر للمسلم عبدًا [مسلمًا][5] بأمره، ويقبضه، فيتمُّ، وكان مشروعًا، والاستيلاء غير مشروعٍ؛ بل الاستيلاء تصرُّفٌ بحكم الملك بعد تمامه بالقبض؛ كالاستخدام.

وليس المسلم كالصَّيد[6] في الحرم والإحرام؛ لأنَّ الصَّيد بهما يصير محرَّم العين علينا؛ كالخنزير والميتة، قال الله تعالى: ﴿وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ ٱلْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا﴾ [المائدة: ٩٦]؛ كما حرَّم الميتة والدَّم والخنزير، لكن حرمة كرامةٍ لصيرورته آمنًا عن [أفعالنا][7] التي تليق بكونه صيدًا غير مُحْرَزٍ[8]، فصار [لا

[١] «ص» (والذل).

[٢] «أ» «ن» (الذي)، والمثبت من «ص».

[٣] «ص» (به).

[٤] «ص» (ينقل).

[٥] ما بين [ ] ليس في «أ»، و«ن»، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٦] «ن» (كالمسلم والصيد).

[٧] ما بين [ ] ليس في «ص».

[٨] «ص» (محرم).

يقبل تصرفًا ينعدم[١] به صفة الأمن الثَّابت له][٢] بحالٍ لا يقبل التَّصرُّف[٣] في تلك الحالة، كالآدميِّ محترمٌ لعينه لا يقبل[٤] تصرُّفًا كرامة له، وكالميتة[٥] حرِّمت إهانةً، وسقطت القيمة حتَّىٰ لم تقبل تصرُّفًا يبتنىٰ علىٰ التَّقويم.

ألا ترىٰ أنَّه لا يجوز بيعه للمحرم ولا شراؤه للحلال بأمره، فكان ذلك نهيًا لمعنًىٰ في عينه، وهو أنَّ المحلَّ لم يبق قابلًا للتَّصرُّف منا لا[٦] يليق بكونه صيدًا.

وأمَّا قوله: «النَّهي للإسلام»، فلا كذلك؛ بل للاستذلال إيَّاه، فإنَّه مع إسلامه قابلٌ لتصرُّفه الذي لا استذلال فيه، ولم يلحق بحرٍّ في حقِّه.

|٩٥٩| مسألةٌ[٧]: وبيع المدبَّر من هذا الجنس، وإنَّها مرَّت في[٨] كتاب العتاق، والله تعالىٰ أعلم.

|٩٦٠| مسألةٌ: إذا فرَّق بين صغيرين أخوين بالبيع، أو بين الولد ووالده= كُره، وجاز.

وقال أبو يوسف: لا يجوز في الزِّيادات، وفي رواية البيوع: لا يجوز [بين

[١] «أ» (يتقدم)، والمثبت من «ص».
[٢] ما بين [ ] ليس في «ن».
[٣] «ن» (فانعدم تصرفا).
[٤] «ن» (يقتل).
[٥] في حاشية «أ» (لما).
[٦] «ص» (لتصرف ما لا).
[٧] الترجمة ليست في «ص»، وفي حاشية «أ» (فصل).
[٨] «ص» (وإنه في).

الوالدين والولد.

ولنا: أنه][1] [لمعنى ينفصل عن البيع، فلا يوجب إلا الكراهة ـ على ما مرّ ـ، وإنما قلناه:][2] لأنَّه نهى عنه لترك ما ترك لا لبيع ما باع، فإنَّه لو باعهما جاز، والآخر ممَّا ينفصل عن هذا بيعًا، فإنَّه لو مات جاز بيع هذا، وكذلك لو لم يملك أصلًا.

إلَّا أنَّ أبا يوسف ترك هذا القياس بالنَّص، وهو ما رُوي أنَّ زيد بن حارثة أتى بسبي، فخرج رسول الله ﷺ يتفحَّص عنهم، فرأى امرأةً والهةً، فسأل عن شأنها، فقيل له: إنَّها بيع ولدها، فأمر النَّبي ﷺ بردِّ البيع(٣).

وروي أنَّه ﷺ وهب لعلي رضي الله عنه غلامين صغيرين، ثمَّ سأل عنهما، فقال: بعت أحدهما، فقال له النَّبي ﷺ: «أدرك[4]»(٥).

---

[1] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[2] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

(٣) رواه أبو نعيم في مسند أبي حنيفة (ص ١٧٢) عن عبدِالله بنِ الحسنِ قالَ: أقبلَ زيدُ بنُ حارثةَ برقيقٍ مِن اليمنِ واحتاجَ إلى نَفقةٍ يُنفقُ عليهم، فباعَ غلامًا مِن الرقيقِ بأربعِمئةٍ، فلمَّا قدمَ على النبيِّ ﷺ وبصرَ بالأمرِ، فقالَ: «ما لي أرى هذه والِهةً؟» قالَ: احتَجْنا إلى نفقةٍ فبِعْنا أُمًّا لها، فأمَرَه أن يرجعَ فيردَّهُ.

[4] «ص» وحاشية «أ» (أدرك).

(٥) رواه أحمد (٨٠٠)، والترمذي (١٢٨٤)، وابن ماجه (٢٢٤٩) من طريق الحجاج بن أرطأة، عن الحكم، عن ميمون بن أبي شبيب، عن علي رضي الله عنه، ـ واللفظ لأحمد ـ قال: وهب لي رسول الله ﷺ غلامين أخوين، فبعت أحدهما، فقال رسول الله ﷺ: «ما فعل الغلامان؟» فقلت: بعت أحدهما. فقال رسول الله ﷺ: «رده».

قال الترمذي: «هذا حديث حسن غريب». وقال البيهقي في «السنن الكبرى» (٩/٢١٥): «الحجاج لا يحتج به». =

والجواب عنه: أنَّه محمولٌ على النَّدب[١] بدليل ذلك الأصل الذي قلنا في النَّهي، فإنَّه قولٌ مجمعٌ عليه، والله أعلم.

***

= وميمون بن مهران لم يدرك عليا.

ورواه أبو داود (٢٦٩٦)، والدارقطني (٣٠٤٢)، والحاكم (٢/٥٥)، والبيهقي (٩/١٢٦) من طريق أبي خالد يزيد بن عبد الرحمن الدالاني، عن الحكم بن عتيبة، عن ميمون بن أبي شبيب، عن علي: أنه فرق بين جارية وولدها، فنهاه النبي - ﷺ - عن ذلك، ورد البيع. ويزيد بن عبد الرحمن الدالاني صدوق، ولكن ميمون بن أبي شبيب لم يدرك عليًا

وروى أحمد (٧٦٠)، - وغيره -: عَن مُحَمَّد بن جَعْفَر، عَن سعيد بن أبي عرُوبَة، عَن الحكم عَنه عَلّي بن أبي طَالب ﷺ قَالَ: «أمرني رَسُول الله ﷺ أن أبيع غلامين أَخَوَيْنِ فبعتهما، ففرقت بَينهمَا فَذكرت ذَلِك للنَّبِي ﷺ فَقَالَ: أدركهما فارتجعهما وَلَا تبعهما إِلَّا جَمِيعًا».

قال الدارقطني في «العلل» (٣/٢٧٢): «رواه عن الحكم بن عتيبة، واختلف عنه؛ فرواه شعبة، وسعيد بن أبي عروبة. واختلف عن سعيد... وسعيد لم يسمع من الحكم شيئا... وأما حديث شعبة، عن الحكم، فرواه عنه وضاح بن حسان الأنباري وتابعه إسماعيل بن أبي الحارث». وقال الحاكم في «المستدرك» (٢/٦٣): «هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، وله إسناد آخر عن الحكم بن عتيبة صحيح أيضا على شرطهما». وقال الهيثمي في «مجمع الزوائد ومنبع الفوائد» (٤/١٠٧): «وَرِجَالُهُ رِجَالُ الصَّحِيحِ».

وانظر: «نصب الراية» (٤/٢٥)، و«تنقيح التحقيق للذهبي» (٢/٩٩)، و«البدر المنير» (٦/٥٢١)، «الدراية في تخريج أحاديث الهداية» (٢/١٥٣).

[١] في حاشية «أ» (والاستحباب).

فَصْــلٌ
ممَّا اختلف فيه لماليَّة المحلِّ وعدمها

قال علماؤنا: بيع لبن بنات آدم عليه السلام باطل.

وقال الشَّافعي(١): جائزٌ.

لأنَّه لبنٌ طاهرٌ، فيجوز بيعه؛ قياسًا على لبن الشَّاة.

ولأنَّه طعامٌ حلالٌ، فيكون مالًا كسائر الأطعمة.

وهذا؛ لأنَّه لما خلق طعامًا لنا وجعل ابتداء النشوء منه عُلم أنَّه مالٌ؛ لأنَّ المال اسمٌ لما خلق لإقامة مصالحنا.

ولأنَّ اللَّبن يُستحقُّ بعقد الإجارة تبعًا للعمل في إجارة الظئر، فيجوز بيعه مقصودًا؛ قياسًا على الحبر في الوراقة، والصبغ في الصباغة، ونحوها[٢].

وهذا؛ لأنَّ الإجارة نوع بيعٍ، والأعيان أقبل للبيع من الإجارة.

ولعلمائنا: أنَّ لبن الآدميَّة ليس بمالٍ، فلا يجوز بيعه؛ لأنَّ البيع لا يرد على ما ليس بمالٍ بالإجماع.

والدَّليل على أنَّه ليس بمالٍ: أنَّه عين متولِّد من الآدميِّ، فلا يكون مالًا؛ قياسًا على شعره، وعظمه، وولده، ودمعه، وكلِّ ما يتولَّد منه.

---

(١) انظر: «الحاوي الكبير» (٥/٣٣٣)، و«المجموع شرح المهذب» (٩/٢٥٤).

[٢] في حاشية «أ» (نحوهما)، «ص» (ونحو هذا).

وهذا ؛ لأنَّ ما يتولَّد جزءًا[١] من أصلٍ كان في حكم[٢] الأصل ، فالله تعالىٰ خلق الآدميَّ مالك الأموال[٣] في الأصل ، وخَلق جميع ما في العالم ممَّا يصلح له مالًا مملوكًا إلَّا ما حرَّمه الشَّرع لمصلحة الآدميِّ فيه ، ولمَّا كان الآدميُّ مالك الأموال ، والأموال مملوكةٌ له كان بينهما تضادٌّ ، فاستحال علىٰ أصل الخلقة أن يكون الآدميُّ مالًا .

وكذلك ما يتولَّد منه من جنسه ، فيستحيل أن يفارقه في حكمه الثَّابت له أصلًا إلَّا بدليلٍ يختصُّ به مغيرًا[٤] لو وجد من[٥] الأصل غيره أيضًا .

وكذلك من غير جنسه ؛ لأنَّ ما تولَّد منه ـ وإن كان غيره ـ لم يجعل مبتذلًا احترامًا للآدميِّ في نفسه ، والمتولِّدات منه ، حتَّىٰ أنَّ سرجين[٦] الدَّواب ينتفع به[٧] ، وغائط الآدميِّ يدفن ولا يُنتفع به ، وكذلك الشَّعر .

ألا ترىٰ كيف ما كان مملوكًا كلّ جزءٍ تولَّد من البهيمة المملوكة بمنزلة الأصل .

وكذلك لبن الأضحية في حكمها يجب[٨] التَّصدُّق به ؛ كالصُّوف والولد .

---

[١] في حاشية «أ» (جزءٌ).
[٢] «أ» (حكمه).
[٣] «أ» (للأموال).
[٤] «ص» (معتبرا).
[٥] «ص» وحاشية «أ» (في).
[٦] «ن» (سرقين).
[٧] «أ» «ن» (بها) ، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».
[٨] «ص» (لا يجب).

ولهذا أوجب لبن الآدميَّات[١] من حرمات النِّكاح مثل الماء؛ لقيام حكم البعضيَّة فيه على ما مرَّ في كتاب النِّكاح.

ولا يلزم لبن الأمة؛ لأنَّ الآدميَّة في الأصل ليست بمالٍ، وإنَّما أُعطيت حكم المال بالرِّق، ولا رقَّ في اللَّبن؛ فلا يُعتبر مالاً بدون صفة الرِّقِّ كالأصل.

ودلالة أنَّه لا رقَّ في اللَّبن أنَّه [لا][٢] يقبل العتاق[٣].

ألا ترى أنَّ اللَّبن جمادٌ، والرِّق والعتق صفتان يختصُّ بهما الأحياء.

ألا ترى أنَّه لا يجوز بيع شعرها مجزوزةً؛ لأنَّ حكم الرِّقِّ ينقطع عنه بالجزِّ لمفارقته الأصل، وفي حال الاتِّصال يدخل تحت البيع للاتِّصاف[٤] بالرِّق تبعًا للأصل.

ولا يلزم منافع الآدمي؛ لأنَّ المنافع أعراضٌ والأعيان محَالٌّ قابلةٌ للأعراض، لا أنَّها تتولَّد من الأعيان، فكانت الأعراض - غير العين - خُلق العين محلًّا لها لتقوم بها مصالحه، فكانت أموالًا؛ كالأعيان التي غير الآدميِّ.

ألا ترى أن الحر ليس بمال، ويؤاجر نفسه؛ فيجوز، والإجارة ضرب بيع[٥].

[١] «أ» «ن» (الآدمي)، والمثبت من «ص».

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٣] في حاشية «أ» (العتق).

[٤] «ص» وحاشية «أ» (للاتصال).

[٥] زاد في حاشية «أ» (جئنا إلى كلامهم أما الأول قوله أن هذا لبن طاهر قلنا لما كان لبنا طاهرا).

وعن[1] الأوّل: [أنّه][2] لمّا كان لبنًا طاهرًا وجب أن يكون حكمه في الماليَّة حكم أصله ؛ قياسًا على لبن الشّاة ، لمّا ذكرنا أنّ الفرع لا يفارق الأصل في الماليَّة إلّا بمعنى يختصّ بالفرع.

وعن الثّاني: أنّ اللّبن بعينه لم يخلق بدله من الآدميّة[3] ، ولا جُعل طعامًا في نفسه ، فإنّه لا يُستعمل إلّا في تربية الصّبيان ، وتربيتهم بعمل الرّضاع الذي يستحقّ بالإجارة ، فيكون تربيتهم بعمل الرّضاع ، واللّبن تبعٌ فيه كالحبر في الوراقة ، ولهذا استحقّ بالإجارة ، والعين لا يستحقّ بالإجارة قصدًا ، فلا يدلّ الاستحقاق تبعًا للعمل على أنّه مبتذلٌ بنفسه ؛ كالحرّ يؤاجر نفسه ، فيستحقّ بدنه تبعًا لعمل الإجارة ، ولا يدل على أن بدنه مبيع أو مال أو خلق بذلة كالمال.

فلكلٍّ[4] عضوٍ من الآدميّ ضرب منفعةٍ ، والثّدي عضوٌ ومنفعته الإرضاع ، والعقد والابتذال يرد على المنفعة ، والكلام في العين إذا بيع قصدًا ، وباللّبن المحلوب قصدًا لا تحصل تربية الصّبيان عادةً ، ولم يخلق غذاء من هذا الوجه.

ولهذا قلنا: إنّ عقد النّكاح يوجب ضرب ملك ، وذلك المملوك في حكم ما ليس بمالٍ بالإجماع ؛ لأنّه في حكم جزءٍ منها ، وليس بمنفعةٍ ، وما سوى المنفعة من الآدميّ لا يكون مالًا بدون صفة الرّقّ ، وإن ابتذل بالوطء ما استحقّ منها بالنّكاح ؛ لأنّه لم يبتذل مقصودًا ؛ بل تبعًا لاقتضائها شهوتها به ، وكذلك ابتذلت[5]

---

[1] «أ» «ن» (ففي) ، والمثبت من «ص».

[2] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من «ص».

[3] «أ» «ن» (بذلةً للآدميّ) ، والمثبت من «ص».

[4] «أ» (فكل) ، والمثبت من «ن» «ص» وحاشية «أ».

[5] «أ» «ن» (ابتذل) ، والمثبت من «ص».

ضرورةً أنَّ النَّسل لا يقوم بدونه ليكون بعضهم من بعض.

فكذا اللَّبن لضرورة أنَّهم لا يتربَّون إلَّا به كرامةً؛ ليكون نشوؤهم بما هو منهم، فلم تدل الإباحة لضرورة الحياة علىٰ الماليَّة كإباحة الميتة عند الضَّرورة.

❁ فإن قيل: حرمة الآدمي لحياته واللَّبن لا حياة له.

❁ قلنا: الآدميُّ محترمٌ حيًّا وميتًا، فإنَّه بعد الممات لا يحلُّ كسر عظمه والنَّظر إلىٰ عورته، فكذلك ما يتولَّد منه.

❁ فإن قيل: أجزاء الآدميِّ مضمونةٌ بالإتلاف، فكذلك اللَّبن وجب أن يكون كذلك.

❁ قلنا: أجزاء الآدمي لا تضمن بالإتلاف؛ بل يضمن ما انتقص من الأصل.

ألا ترىٰ أنَّ الجُرح إذا برأ[١] سقط الضَّمان، وكذلك السِّنُّ[٢] إذا نبت[٣]؛ إلَّا ما يستوفىٰ بالوطء، فإنَّه مضمونٌ ـ وإن لم ينقص شيئًا ـ تغليظًا لباب البضع.

ألا ترىٰ أنَّه يجب وإن أذنت بالاستيفاء إذا لم يجب الحدُّ؛ بخلاف الطَّرف، فإنَّه لا ضمان فيه مع الإذن.

وهذا لأنَّ ما يستوفىٰ [بالإذن][٤] بالوطء ملحق حكمًا بالنَّفس في حقِّ الضَّمان؛ لأنَّه احترامٌ للماء الذي فيه نفسٌ، ولو أتلف نفسًا منها ضمن، وإن لم

---

[١] في حاشية «أ» (اتصل به البرء).

[٢] «أ» (السرة)

[٣] في حاشية «أ» (إذا بنت)، وفي «ن» (أليس)، والمثبت من «ص».

[٤] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».

ينتقص ؛ كالجنين يسقط[١] بالضَّربة ، ولهذا يضمن مع الإذن.

بخلاف من جزَّ صوف شاةٍ ثمَّ نبت آخر ، لم يسقط عنه ضمان الأوَّل ، وبإتلاف اللَّبن لا ينتقص من الأصل شيءٌ فلا يضمن ، والله سبحانه أعلم.

|٩٦١| مسألةٌ: الكلب المعلَّم يجوز بيعه ويضمن مستهلكه.

وقال الشَّافعي: لا يجوز(٢).

لما رُوي أنَّ النَّبي ﷺ نهى عن بيع الكلب ، وقال ﷺ: «من السحت مهر البغي وعسْب[٣] التَّيس ، وثمن الكلب»(٤).

ولأنَّه حيوانٌ نجسٌ سؤره فيحرم بيعه ؛ كالخنزير ، وعكسه الفرس.

وهذا لما مرَّ في كتاب الصَّلاة أنَّ نجاسة السُّؤر دليلٌ على نجاسة العين ،

---

[١] «ن» (يسقطه).

(٢) انظر: «الأم» للشافعي (٣/١١) ، و«الحاوي الكبير» (٥/٣٧٥) ، و«المجموع شرح المهذب» (٩/٢٢٨).

[٣] «أ» (عتب) ، والمثبت من «ن» و«ص». وعسْب التيس ـ أو الفحل ـ: ماؤه فرسا كان أو بعيرا أو غيرهما. انظر: «النهاية في غريب الحديث والأثر» (٣/٢٣٤).

(٤) لم أقف عليه باللفظ الذي ذكره المصنف ورواه البخاري (٢٢٣٧) ، ومسلم (١٥٦٧) من حديث أبي مسعود الأنصاري ، «أن رسول الله ﷺ نهى عن ثمن الكلب ، ومهر البغي ، وحلوان الكاهن» ، وليس فيه: «عسب التيس».

وروى البخاري (٢٢٨٤) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما: «نهى النبي ﷺ عن عسب الفحل».

وروى النسائي في «السنن الكبرى» (٤٦٨٠) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن ثمن الكلب ، وعسب التيس». قال النسائي: «رواه ابن أبي عبيدة عن أبيه وقال ـ بدل عسب التيس ـ: مهر البغي».

فيصير كالخنزير [سواءً][١]، وكالميتة والدَّم والخمر[٢].

ولهذا لا يجوز بيع السِّرجين[٣]؛ لأنَّ[٤] عينه[٥] نجسٌ. والنَّجس شرعًا: اسمٌ لما يجب الاجتناب عنه.

وانتفاع النَّاس بالسِّرجين لا يدلُّ على نقض ما قلناه؛ لأنَّ السِّرجين لا ينتفع بعينه[٦]؛ بل يلقى في الأرض فيستهلك بالأرض، وتقوى الأرض به، فتكون المنفعة بالأرض، وإنَّما هو كالخمر تخلَّل، فلا يدلُّ على ماليَّة الخمر؛ لأنَّ التَّخليل استهلاكٌ للخمريَّة، لا انتفاع بالخمر.

ولأنَّه لا يجوز بيعه جاهلًا؛ فكذا عالمًا، كالخنزير، وعكسه الفهد والبازي، وهذا لأنَّ الملك يثبت بالإحراز، لا بالعلم.

ولنا: ما رُوي عن النَّبي ﷺ: «أنَّه رخَّص في ثمن كلب الصَّيد»(٧).

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٢] «ص» (والخمر وودك الميتة والدم).

[٣] في حاشية «أ» (عندي).

والسِّرجين ـ ويقال: سرقين ـ: الزبل. انظر: «مختار الصحاح» (ص: ١٣٤).

[٤] في حاشية «أ» (لأنه).

[٥] «أ» «ن» (عبثه)، والمثبت من «ص».

[٦] «أ» «ن» (بعينها)، والمثبت من «ص».

(٧) رواه أبو حنيفة في مسنده رواية الحصكفي (١٧) عن الهيثم بن حبيب، عن عكرمة، عن ابن عباس رضي الله عنهما، قال: «رخص رسول الله ﷺ في ثمن كلب الصيد».

قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/٥٤): وهذا سند جيد.

ورواه ابن عدي في «الكامل في ضعفاء الرجال» (١/٣٢٠) من طريق أحمد بن عبد الله الكندي، عن علي بن معبد، عن محمد بن الحسن، عن أبي حنيفة به، ثم قال: «وهذه الأحاديث لأبي حنيفة لم يحدث بها إلا أحمد بن عبد الله هذا، وهي بواطيل عن أبي حنيفة، ولا يعرف أحمد بن=

وعن ابن عباسٍ رضي الله عنهما عن النَّبي ﷺ: «أنَّه نهى عن بيع الكلب إلَّا كلب صيد أو ماشيةٍ»(١).

وعن عبد الله بن عمرو بن العاص: «أنَّ النَّبي ﷺ قضى في كلبٍ[٢] بأربعين درهمًا»(٣).

= عبد الله هذا إلا بهذه الأحاديث».

(١) رواه الترمذي (١٢٨١) من طريق أبي المهزم، عن أبي هريرة قال: «نهى عن ثمن الكلب، إلا كلب الصيد»؛ ثم قال: «هذا حديث لا يصح من هذا الوجه، وأبو المهزم اسمه يزيد بن سفيان، وتكلم فيه شعبة بن الحجاج، وضعفه، وقد روي عن جابر، عن النبي ﷺ نحو هذا، ولا يصح إسناده أيضا».

وحديث جابر المذكور رواه النسائي (٤٢٩٥) من طريق حجاج بن محمد، عن حماد بن سلمة، عن أبي الزبير، عن جابر، «أن رسول الله ﷺ نهى عن ثمن السنور، والكلب إلا كلب صيد». قال النسائي: «وحديث حجاج عن حماد بن سلمة ليس هو بصحيح»، وقال في موضع آخر: «هذا الحديث منكر».

وروى أحمد (١٤٤١١) عن عباد بن العوام، عن الحسن بن أبي جعفر، عن أبي الزبير، عن جابر بن عبد الله، قال: «نهى رسول الله ﷺ عن ثمن الكلب، إلا الكلب المعلم».

سنن الدارقطني (٣٠٦٩) من طريق الهيثم بن جميل، وسويد بن عمرو كلاهما عن حماد بن سلمة. ثم قال عن طريق سويد: «ولم يذكر حماد عن النبي ﷺ. هذا أصح من الذي قبله».

قال البيهقي في «السنن الكبرى» (٦/١٠): «ورواه عبيد الله بن موسى عن حماد بالشك في ذكر النبي ﷺ فيه... ورواه الحسن بن أبي جعفر عن أبي الزبير عن جابر عن النبي ﷺ وليس بالقوي. والأحاديث الصحاح عن النبي ﷺ في النهي عن ثمن الكلب خالية عن هذا الاستثناء، وإنما الاستثناء في الأحاديث الصحاح في النهي عن الاقتناء، ولعله شبه على من ذكر في حديث النهي عن ثمنه من هؤلاء الرواة الذين هم دون الصحابة والتابعين، والله أعلم». وانظر: «الدراية في تخريج أحاديث الهداية» (٢/١٦١).

[٢] «أ» «ن» (قضى في ثمن النمر)، والمثبت من «ص».

(٣) لم أقف عليه مرفوعا، وقد رواه موقوفا عبد الرزاق (١٨٤١٣)، وابن أبي شيبة (٢٠٩٢١)، والدارقطني (٤٥٩٨)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/٥٨، برقم: ٥٧٢٧) ـ واللفظ=

وعن عثمان بن عفَّان أنَّه قضىٰ في إتلاف كلبٍ بعشرين بعيرا[١]، وكان يطلب من صاحبه بأربعين بعيرًا(٢).

فدلَّ أنَّ بيعه جائزٌ، وإتلافه مضمون، وكان أمرًا ظاهرًا بين الصَّحابة.

والمعنىٰ[٣] فيه: أنَّ الكلب آلة الاصطياد، فيجوز بيعها؛ كالبازي والفهد والسقر[٤].

وهذا لأنَّ محلَّ البيع مالٌ متقوَّمٌ، وكذلك المضمون بالغصب، والكلب مالٌ متقوَّم مثل الفهد؛ لأنَّ المال اسمٌ لما يقع عليه ملك اليمين بالاستيلاء، وهو الذي

= للطحاوي ـ عبد الله بن عمرو ﷺ «أنه قضىٰ في كلب صيد قتله رجل بأربعين درهما، في كل ماشية بكبش».

قال النووي في «شرح مسلم» (١٠/٢٣٣): «وأما الأحاديث الواردة في: النهي عن ثمن الكلب إلا كلب صيد ـ وفي رواية ـ: إلا كلبا ضاريا، وأن عثمان غرَّم إنسانا ثمن كلب قتله عشرين بعيرا، وعن ابن عمرو بن العاص التغريم في إتلافه، فكلها ضعيفة باتفاق أئمة الحديث».

[١] «أ» و«ن» (درهما)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

(٢) رواه عبد الله بن الإمام أحمد في: «العلل ومعرفة الرجال» (٢/٣٩٢) قال: «سمعت أبي يقول: حدثنا عباد بن العوام عن محمد بن إسحاق بن يسار عن عمران بن أبي أنس أن رجلا كان له كلب صائد قد أعطيه به عشرين بعيرا فخطب امرأة وخطبها معه رجل من قومها فقالت لا أنكحك إلا علىٰ كلبك فنكحها وساق الكلب إليها، فعدا عليه الآخر فقتله، فترافعوا إلىٰ عثمان بن عفان فغرمه عشرين بعيرا. سمعت أبي يقول: هذا باطل نهىٰ النبي ﷺ عن ثمن الكلب».

ورواه البيهقي في «السنن الكبرىٰ» (١١٠١٣) من طريق الربيع، عن الشافعي، عن بعض من كان يناظره قال: أخبرني بعض أصحابنا، عن محمد بن إسحاق، عن عمران بن أبي أنس: «أن عثمان ﷺ أغرم رجلا ثمن كلب قتله عشرين بعيرا». وتقدم النقل عن النووي.

[٣] في حاشية «أ» (الفقه).

[٤] «أ» (السبر)، وفي حاشيتها (والسهيم)، وفي «ص» (السهم)، والمثبت من «ن».

والسقر: لغة في الصقر، وهو من جوارح الطير المعروفة. انظر: «لسان العرب» (٤/٣٧٢).

خُلق لمصالح الآدميِّ ممَّا في البرِّ والبحر.

لأنَّ الله تعالىٰ يقول: ﴿هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ [البقرة: ٢٩]. أضاف إلينا بلام التَّمليك، فدلَّ أنَّها في الأصل خُلقت مملوكةً لبني آدم، فصار الآدميُّ مالك المال في الأصل، وصار المال اسمًا لغير الآدمي ممَّا يصلح لمصالح الآدميِّ، والملك يثبت بالإحراز، والقيمة بالتَّموُّل، فإنَّ الصَّيد قبل الإحراز لا يكون مملوكًا، وما لا يتموَّل من الأملاك ـ كحبَّة حنطةٍ، وشربة ماءٍ من المياه، وكف ترابٍ ـ لا يتقوَّم؛ لأنَّه[١] لا يتموَّل.

ولأنَّ الكلب يورث ويوصىٰ به فيصحُّ، وغير الملك[٢] لا يورث، ولا تصحُّ به الوصيَّة.

وكذلك الخمر لا يتقوَّم؛ لأنَّ الشَّرع نهانا عن تموُّلها، ففسد التَّموُّل شرعًا، وانعدم حكمًا، وإن وجد حقيقةً من المسلمين.

وإذا ثبت هذا، فالكلب عندنا فصار[٣] مالًا ومُلِكَ بالإحراز، ثمَّ تموَّل تموُّلًا صحيحًا؛ لأنَّ الشَّرع أباح الانتفاع به لمَّا جعله آلة الاصطياد، فصحَّ التَّموُّل بإباحة الشَّرع، فثبت حكمه، وهو القيمة.

وقولنا: آلة الاصطياد دلَّ علىٰ هذه المعاني؛ لأنَّ آلة الصَّيد غير الصَّائد، والآدميُّ صائدٌ، ودلَّ علىٰ إباحة المنفعة.

۞ فإن قيل: الكلب يمسك للانتفاع بمنافعه لا بعينه؛ كالآدميِّ ينتفع

[١] في حاشية «أ» (لأنها).

[٢] «أ» «ن» (الكلب)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٣] «أ» «ن» (والكلب غيرنا فكان)، والمثبت من «ص».

بمنافعه بالإجارة، ولا يدلُّ علىٰ أنَّ عينه مالٌ.

❁ قلنا: إنَّ الانتفاع بالمنفعة يقع من الكلب تبعًا لملك العين، لا قصدًا في المنفعة.

ألا ترىٰ أنَّه يورث، والمنفعة وحدها لا تورث، فجرىٰ مجرىٰ الانتفاع بمنافع العبد، والأمة، والثَّوب، وجميعِ ما لا يؤكل عينه، ولا يتلف بالانتفاع إلَّا منافعه.

دلَّ عليه: أنَّا ما جعلنا الانتفاع دلالة علىٰ الماليَّة؛ [بل دليل المالية][1] أنه غير الآدمي؛ يصلح لمصالح الآدمي، وإنَّما جعلنا الانتفاع به دليلًا علىٰ أنَّه غير محرَّم العين، فإنَّ ما حرِّم عينه لم يجز الانتفاع به؛ كالخمر والخنزير ونحوهما[2]، وهذه الأموال المخلوقة لنا لا تبطل قيمتها مع قيام التَّمول إلَّا بتحريم الشَّرع، وإذا أُبيح التَّموُّل لضرب منفعةٍ؛ صحَّ التَّموُّل وثبت حكمه، وهو القيمة.

❁ فإن قيل: شعر الخنزير ينتفع به الأساكفة ولا يجوز بيعه[3].

❁ قلنا: إنَّ الخنزير محرَّم العين شرعًا لا يباح إمساكه لمنفعة بوجهٍ، فثبت الحرمة في كلِّ جزءٍ منه من الشَّعر، والعظم، وكلِّ شيءٍ، وسقطت القيمة.

ثمَّ الإباحة لضرورة الخرز لا يدلُّ علىٰ رفع الحرمة عن أصله فيما عدا الضَّرورة، كإباحة الميتة حال الضَّرورة لا يدلُّ علىٰ صحَّة التَّمول وجواز البيع.

فأمَّا الكلب فما يَثْبُتْ فيه تحريمٌ مُطلقٌ ثمَّ إباحةٌ لضرورةٍ؛ ليبقىٰ وراءها علىٰ

---

[1] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص»، وحاشية «أ».

[2] «ن» (ونحوها).

[3] «أ» «ن» (بيعها)، والمثبت من «ص».

التَّحريم؛ بل حَرُمَ أكلها[١] لا غير. وكذلك النَّجاسة مع قيام الانتفاع بها[٢] شرعًا لا يدلُّ علىٰ سقوط الماليَّة؛ بل أثرها في تحريم الأكل والصَّلاة معها[٣].

❁ فإن قيل: رُوي عن النَّبي ﷺ: «أنَّه أمر بقتل الكلاب»(٤)، حتَّىٰ حَرُمَ، فصار تحريمًا من كلِّ وجهٍ.

❁ قلنا: لم يثبت أنَّ النَّبي ﷺ حرَّم في وقت الاصطياد بالكلب أو حفظ المواشي، وإنَّما جاءت الرُّخصة في القتل لأنَّ النَّبي ﷺ حين حرَّمها ـ والنَّاس إلفٌ بالكلاب ـ أمر بالقتل تغليظًا، وحرم البيع تغليظًا؛ لينزجر النَّاس عن إلفِ الكلاب، لا لأنَّها محرَّمة العين.

كما أنَّه ﷺ لمَّا حرَّم الخمر حرَّم الشُّرب في ظروفها تغليظًا؛ [لا][٥] لأنَّ الظُّروف محرَّمةٌ كالخمر، فلمَّا ترك النَّاس الإلف بالكلاب سقط ما ثبت تغليظًا للمنع من العادة.

ولهذا جوَّزنا بيع السِّرجين؛ لأنَّه مالٌ متقوِّم؛ لأنَّه غير الآدمي خُلق لمصالح [الآدميِّ][٦]، يعود إليه [نفعه][٧]، والنَّاس يتموَّلونه[٨] ويضِنُّون به، والشَّرع لم

---

[١] «ص» (أكله).

[٢] «أ» «ن» (به)، والمثبت من «ص».

[٣] في حاشية «أ» (كما في الفهد).

(٤) رواه البخاري (٣٣٢٣)، ومسلم (١٥٧٠)، من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما ـ واللفظ لمسلم ـ قال: «أمر رسول الله ﷺ بقتل الكلاب، فأرسل في أقطار المدينة أن تقتل».

[٥] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ص»، «ن».

[٦] ما بين [ ] ليس في «أ»، و«ن»، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٧] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٨] في حاشية «أ» زيادة (كثرة)، وفي «ص» (يتمولون كثيره).

يحرمه؛ بل أباح الإلقاء في الأرض بالإجماع، ولو صار حرام العين لما جاز؛ كما لا يجوز إلقاء الخمر في دواء[١]، وإن كان يصير مستهلكًا به.

ألا ترىٰ أنَّه ينتفع بالسِّرجين وعينه قائم[٢] بعد لم يتلف.

بخلاف تخليل الخمر؛ فإنَّ التَّخليل إذهابٌ للخمريَّة، وإنَّه اسمٌ لحال الشدَّة من ماء العنب، فيزال[٣] بالتَّخليل، والسِّرجين اسمٌ لعين، وإنَّه لا[٤] يتلاشىٰ بالإلقاء في الأرض إلَّا بعد أزمنةٍ مديدةٍ.

ألا ترىٰ أنَّه لا يجوز الانتفاع كذلك بسرجين[٥] الآدمي لما كان محرَّمًا كالآدمي.

❁ فإن قيل: الانتفاع بالكلب إنَّما جاز للضَّرورة؛ لأنَّ حراسة الماشية لا تحصل بغير الكلب، وكذلك غير الكلب لا يصيد مثله، فإنَّه يتحمَّل تعبًا شديدًا في اتِّباع الصَّيد إلىٰ أن يأخذه.

❁ قلنا: إنَّما يُقال الإباحة للضَّرورة إذا ثبت تحريمٌ مطلق، ولم يثبت إلَّا في الأكل ـ علىٰ ما قلنا ـ، فلا يُضاف الانتفاع بدون الأكل إلىٰ الضَّرورة؛ بل إلىٰ الإباحة الأصليَّة.

والجواب عن الاحتجاج بالأخبار: أنَّ المراد بها غير المعلَّم، أو كان

[١] «ص» (دم).
[٢] «ص» (قائمة).
[٣] «أ» «ن» (يزول)، والمثبت من «ص».
[٤] «ن» (ولا)، «ص» (فلا).
[٥] «ص» (رجيع).

لابتداء الأمر تغليظًا ليترك النَّاس عادتهم في إلف الكلاب ـ كما رُوي مثله في الخمر ـ بدليل ما روينا.

والجواب عن المعنىٰ: أنَّ الكلب عندنا ليس بنجس العين علىٰ ما مرَّ في كتاب الصَّلاة أنَّه[١] يجوز الانتفاع بجلده علىٰ أنَّ النَّجاسة لا يحرُم إلَّا الصَّلاة معها، والأكل إنَّما يحرم[٢] العين يدلُّ علىٰ كلِّ حرمةٍ.

وعن الأخير: إنَّما لا يجوز بيع الجاهل؛ لأنَّه مُهانٌ [لا يتموَّل][٣] من الكلاب، فصار كحبَّة حنطةٍ ونحوها[٤].

|٩٦٢| مسألةٌ: الدُّهن [الذي][٥] تموت فيه فأرةٌ يجوز[٦] بيعه، والاستصباح به، ولا[٧] يحرم إلَّا الأكل.

وقال الشَّافعي(٨): حرامٌ كلُّه.

لما رُوي في الحديث المعروف عن النَّبي ﷺ ـ في الفأرة تموت في السَّمن ـ: «إن كان جامدًا فألقوها وما حولها، وكلوا البقيَّة، وإن كان ذائبًا

[١] في حاشية «أ» (فإنه).

[٢] «ن» (تحريم).

[٣] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».

[٤] في حاشية «أ» زيادة (علىٰ أنه ذكر في بعض روايات كتاب الصيد أنه يجوز بيعه، ويضمن متلفه).

[٥] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٦] «أ» «ن» (جاز)، والمثبت من «ص».

[٧] في «أ» (لا) بلا واو، والمثبت من حاشية «أ».

(٨) انظر: «الأم» للشافعي (١٠٢/٣)، و«الحاوي الكبير» (١٥٧/١٥)، و«فتح العزيز» (١١٥/٨).

فألقوه[1]»(٢)، والأمر على الوجوب.

والمعنى فيه: أنَّه مائع نجسٌ فلا يجوز بيعه، ولا الانتفاع به؛ قياسًا على الدَّم، وودك[3] الميتة، والخمر؛ وهذا لأنَّ المائع كلَّه ينجس بالنَّجاسة التي وقعت فيه، فصار في حكمها، وتلك نجاسة ليست بمالٍ، ولا يجوز بيعها، ولا الانتفاع بها.

---

[1] «ص» وحاشية «أ» (فأريقوه).

(٢) رواه عبد الرزاق (٢٧٨)، وأحمد (٧١٧٧)، وأبو داود (٣٨٤٢)، وابن حبان (١٣٦٤) والبيهقي في «الكبرى» (١٩٦٢٢) من حديث عن أبي هريرة ﷺ، ولفظ عبد الرزاق: عن معمر، عن الزهري، عن ابن المسيب، عن أبي هريرة قال: سئل النبي ﷺ عن الفأرة تقع في السمن قال: «إذا كان جامدا فألقوه وما حولها، وإن كان مائعا فلا تقربوه».

إلا أن معمرا قد أخطأ في إسناده إذ رواه عن الزهري، عن ابن المسيب، عن أبي هريرة، فقد خالفه أصحاب الزهري فرووه عن الزهري، عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة، عن ابن عباس، عن ميمونة، وهو أصح.

كما أنه أخطأ في متنه فزاد فيه زيادة غريبة، وهي: «وإن كان مائعا فلا تأكلوه» وانظر: «تهذيب السنن» لابن القيم ٥/٣٣٦ ـ ٣٣٧.

قال الترمذي في «السنن» (٤/٢٥٧): «وروى معمر، عن الزهري، عن سعيد بن المسيب، عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ نحوه. وهو حديث غير محفوظ. وسمعت محمد بن إسماعيل يقول: وحديث معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة عن النبي ﷺ وذكر فيه أنه سئل عنه، فقال: «إذا كان جامدا فألقوها وما حولها، وإن كان مائعا فلا تقربوه»، هذا خطأ أخطأ فيه معمر قال: والصحيح حديث الزهري عن عبيد الله عن ابن عباس عن ميمونة».

وانظر: «العلل الكبير» للترمذي (ص: ٢٩٨)، «علل الدارقطني» (٧/٢٨٥)، و«المحرر في الحديث» (ص: ٤٧٠)، و«تنقيح التحقيق» لابن عبد الهادي (٤/٨٢)، و«البدر المنير» (٦/٤٤٥).

[3] «أ» «ن» (وكذلك)، والمثبت من «ص». والوَدَك: مَا أُذِيبَ مِنْ الشَّحْمِ. انظر: «المغرب في ترتيب المعرب» (ص: ٩١).

ويحتجُّ[١] بما رُوي عن النَّبي ﷺ: «إنَّ الله تعالىٰ إذا حرَّم شيئًا حرَّم بيعه، وأكْل ثمنه»(٢).

ولعلمائنا: ما رُوي عن النَّبي ﷺ ـ في مسألة الفأرة [تموت في السمن][٣] ـ «وإن كان مائعًا فانتفعوا بها»؛ إلَّا أنَّ الرِّواية [متَّفقة][٤] في الجامد: «فألقوها وما حولها»، فثبت أنَّ الإلقاء واجب، والرِّواية الثَّانية ضعيفةٌ؛ لأنَّ الأكل انتفاع، فالتَّقسيم لا يستقيم لعطف الانتفاع عليه.

ويروىٰ مذهبنا عن عمر وعلي ﷺ في هذه [المسألة][٥]، أنَّهما أباحا الاستصباح بهذا الدُّهن ودبغ الأديم، وليست الرِّواية بمشهورةٍ.

والمعنىٰ فيه: أنَّ الدُّهن نجسٌ بمجاور[٦]، فلا يحرم بيعه؛ قياسًا علىٰ الثَّوب المملوء دمًا؛ وهذا لأنَّ النَّجاسة لمَّا كانت بمجاورٍ كان الأوَّل[٧] في عينه طاهرًا، وإنَّما يتبدَّل وصفه باتِّصال النَّجاسة به بالتَّجاور؛ كالثَّوب النَّجس، فيبقىٰ الطَّاهر بنفسه علىٰ ما كان، فكان نظيره البيع الفاسد لغيره.

---

[١] «ص» (ولنا).

(٢) لم أقف عليه بهذا اللفظ، وقد رواه أحمد (٢٦٧٨)، وابن أبي شيبة (٢٠٧٥٤)، وأبو داود (٣٤٨٨)، وابن حبان (٤٩٣٨)، والدارقطني (٢٨١٥) من حديث ابن عباس ﷺ بلفظ: أن النبي ﷺ نظر إلىٰ السماء وقال: «قاتل الله اليهود حرمت عليهم الشحوم، فباعوها وأكلوا أثمانها، وإن الله إذا حرم شيئا حرم ثمنه». وانظر: «تنقيح التحقيق» لابن عبد الهادي (٤/ ٨٦).

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٤] ما بين [ ] ليس في «ن».

[٥] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٦] «ص» (بمجاورة).

[٧] «ص» (الأولىٰ).

❁ فإن قيل: إنَّ الدُّهن نجسٌ بعدما أُلقيت[١] الفأرة، فكيف يكون نجسًا بالفأرة؟

❁ قلنا: إنَّما أخرجت الفأرة بعد المجاورة بجميع الأجزاء بالملاقاة، والمجاورة لا تبدِّل عين المجاور[٢]؛ بخلاف جلد الميتة؛ لأنَّ النَّجاسة حكميَّة بالموت لا بالمجاورة؛ كنجاسة الخمر.

ولأنَّ الجلد ما خلق على الحيِّ إلَّا رطبًا برطوبة أصليَّة، وتلك الرُّطوبات تنجس بالموت، والاتِّصال بالجلد أصلٌ لا يجمع حادثٌ، فيرجِّح معنى الاتِّصال على الانفصال، وردَّ[٣] إلى نجاسةٍ أصليَّةٍ غير مجاورةٍ، وألحق الدَّبغ بطهارة حكميَّة؛ كتخلُّل الخمر، وتخمُّر العصير، فإنَّ الخمر ينجس شرعًا فتتبدَّل صفة العين عن الطَّهارة إلى نجاسةٍ أصلًا، فللشَّرع التَّحليل والتَّحريم.

فأمَّا فيما نحن فيه: فالنَّجاسة من قِبلنا، وليس إلينا التَّحريم والتَّحليل، وإنَّما يثبت بالجمع بين النَّجاسة والطَّهارة.

❁ قلنا[٤]: هذه القدرة[٥] على أنَّ نفس النَّجاسة لا تدلُّ على تحريم الأكل والاستعمال للصَّلاة.

فأمَّا أصل الانتفاع فعلى قدر الدَّليل، فإنَّا ننتفع بالسِّرجين ونبيعه، وإنَّه نجسٌ في نفسه، والحرمة فيما ذكرتم لم تثبت من النَّجاسة؛ بل بتحريم شرعيٍّ،

---

[١] «ص» زيادة (منه).

[٢] «أ» «ن» (الجار)، والمثبت من «ص».

[٣] «أ» (فرد).

[٤] في حاشية «أ» (ولنا).

[٥] «ن» (المعذرة).

ثمَّ النَّجاسة تثبت بناءً علىٰ الحرمة المطلقة ، لا للاحترام ، علىٰ ما بيَّنَّا في كتاب الصَّلاة ، فإنَّا نجعل[١] نجاسة العين دليلًا علىٰ الحرمة في تلك المسائل ، وهذه في معنىٰ نجاسة العين ؛ لأنَّ شيئًا من عين النَّجاسة ليس فيه ؛ بل ألقي كلُّه ، وإنَّما تتبدَّل بالمجاورة صفة الدُّهن ، وتبديل الوصف إلينا ، كما نستصبح[٢] به فيتلاشىٰ .

وقد قال بعض مشايخنا: إنَّ الدُّهن يغسل بالماء فيطهر ؛ لأنَّ النَّجاسة كانت بالمماسَّة ، فتزول بمماسَّة الماء إيَّاه أيضًا .

فأمَّا الجواب عن الاحتجاج بالخبر: أنَّ الأمر خرج علىٰ وفاق العادة ، فإنَّه يُراق عادةً ، وقلَّ من يمكنه الانتفاع [به][٣] بالدَّبغ والاستصباح ، فليس كلُّ إنسانٍ يدبغ[٤] ، والاستصباح بالسَّمن أمرٌ متعذِّر[٥] .

أو جاء الأمر بالإراقة زجرًا لهم عن العادة في تناوله[٦] كذلك ؛ كما أمر بإراقة الخمور للقياس الصَّحيح الذي ذكرناه .

وهذه المسألة نظير بيع الرِّبا ، فإنَّه فاسدٌ مشروعٌ عندنا ، وكذلك صوم يوم النَّحر ، وعنده غير مشروع ؛ لأنَّ الفساد به متَّصلٌ ـ بحيث لا يقبل الفصل ـ فكذا هذا .

---

[١] «أ» «ن» (وإنَّه جعل) ، والمثبت من «ص» .
[٢] «أ» «ن» (سيصحُّ) ، والمثبت من «ص» .
[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» ، و«ن» ، والمثبت من «ص» وحاشية «أ» .
[٤] زاد في حاشية «أ» (ويستصبح) .
[٥] زاد في حاشية «أ» (والدبغ لم يتعارف به أصلا) .
[٦] «أ» «ن» (تناولهم) ، والمثبت من «ص» وفي حاشية «أ» ، (تناولنا) .

وعن الأخير[١] أن يُقال: إنَّه كذلك فيما إذا حرَّم عينه، والعين ههنا حلال.

|٩٦٣| مسألةٌ: خمر الذِّمِّي مالٌ متقوِّم عندنا، يضمن المسلم إذا استهلكها، ويجوز بيعها بينهم[٢].

وقال الشَّافعي(٣): ليس بمالٍ، ولا يجوز بيعها.

لأنَّها ليست بمالٍ متقوِّم في حقِّ المسلمين بحكم الإسلام، فكذلك في حقِّهم؛ لأنَّا أمرنا بأن نحكم بينهم بما أنزل الله تعالىٰ؛ ولأنَّ حقوقهم مثل حقوقنا أو دونه، والخمر لا يتقوَّم حقًّا لنا، فكذا حقًّا لهم؛ قياسًا علىٰ الجيف والدِّماء[٤]، وعكسه سائر الأموال؛ إلَّا أنَّا لا نتعرَّض لهم كما لا نتعرَّض علىٰ عبادة النَّار[٥].

إلَّا أنَّا نقول: أهل الذِّمَّة يتموَّلون الخمور، وكان التموُّل موجبًا تقويمها قبل تحريم الشَّرع بلا خلافٍ، فكذلك بعد التَّحريم قبل البلوغ؛ لأنَّ الحكم الثَّابت لا يرتفع بنفس الخطاب حتَّىٰ يبلغ النَّاس، وإنَّه لم يبلغهم ـ وإن سمعوا ـ؛ لأنَّهم يكذبون ويقولون: إنَّ المبلغ لم يكن رسولًا، وقد أمرنا أن نتركهم وما يدينون به؛

[١] «ص» (والجواب عن الخبر الثاني).

[٢] «ص» (وكذلك ذبائح المجوس؛ لأنهم يتمولونها مالا، وتحريم الشرع لم يثبت في حقهم؛ لأن خطاب الشرع لم يبلغهم، والمسألة مرت في كتاب النكاح في جملة مناكح أهل الذمة، وأما المتروكة التسمية فميتة عندنا، وليست بمال، وعند الشافعي مال يجوز بيعه، والمسألة مرت في كتاب الصيد) وليس فيها ما بقي من تفصيل.

(٣) انظر: «الأم» للشافعي (٤/٢٢٤)، و«البيان» للعمراني (٥/٥١).

[٤] في حاشية «أ» (والبول).

[٥] في حاشية «أ» (والصنم).

إلَّا ما استثنىٰ عليهم في عهودهم، وهذا ممَّا لم يتبيَّن[١].

فإذا أنكروا، ولم يكن لنا أن نلزمهم بالحجَّة شاؤوا أو أبوا، وبالسَّلطنة لم يثبت البلاغ= فيبقون علىٰ أوَّل الحكم كالمسلمين في ابتداء الأمر، ما كان يلزمهم حكم النَّاسخ حتَّىٰ يبلغهم.

ألا ترىٰ أنَّ أهل قباء كانوا يصلُّون إلىٰ بيت المقدس بعدما حولت القبلة، فلمَّا بلغهم الخبر استداروا إلىٰ الكعبة، وصوَّبهم رسول الله ﷺ(٢).

وكذلك الصَّحابة شربوا الخمر بعد نزول التَّحريم قبل بلوغهم، فأنزل الله: ﴿لَيْسَ عَلَى ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ وَعَمِلُوا۟ ٱلصَّٰلِحَٰتِ جُنَاحٌ فِيمَا طَعِمُوٓا۟ إِذَا مَا ٱتَّقَوا۟ وَّءَامَنُوا۟ وَعَمِلُوا۟ ٱلصَّٰلِحَٰتِ ثُمَّ ٱتَّقَوا۟ وَّءَامَنُوا۟ ثُمَّ ٱتَّقَوا۟ وَّأَحْسَنُوا۟...﴾ الآية [المائدة: ٩٣].

وإذا كان كذلك صار هذا منَّا حكمًا فيهم بما أنزل الله، وهو بقاء حكم المنسوخ حال عدم بلوغ النَّاسخ.

وقد ذكرنا المسألة علىٰ الاستقصاء في النِّكاح، فإنَّه جائز منهم الجمع بين الأختين، والخمس، وبغير شهودٍ ـ علىٰ ما بيَّنَّا ـ، كأنَّ الشَّرع المُحَرِّمَ لم يرِد بعد، وكذلك ذكرناها في كتاب السير علىٰ ما مرَّ[٣].

---

[١] في حاشية «أ» (يستثنىٰ).

(٢) رواه البخاري (٤٠٣)، مسلم (٥٢٦) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما، قال ـ واللفظ لمسلم ـ: بينما الناس في صلاة الصبح بقباء إذ جاءهم آت فقال: «إن رسول الله ﷺ قد أنزل عليه الليلة، وقد أمر أن يستقبل الكعبة فاستقبلوها، وكانت وجوههم إلىٰ الشام، فاستداروا إلىٰ الكعبة».

[٣] في حاشية «أ» (وأما الجيف فإنما لم يكن مالا عندهم لأنهم أهانوها والقيمة إنما تثبت بالتمول والصيانة).

وأمَّا ذبائح المجوسيِّ فمالٌ متقوِّم كالخمر، وإن لم يكن مالًا في حقِّنا، فإنَّهم يتموَّلون كذلك، والخطاب المحرِّم لم يبلغهم، وهذا بخلاف ما إذا أسلم عليه، فإنَّه لا يبقى مالًا، وإن لم يبلغه الخطاب؛ لأنَّه لمَّا أسلم فقد صدَّق الرَّسول بما أتى به، وهذا الخطاب ممَّا أتى به، والدَّار كانت دار الإسلام لا يخفى عليه هذا الخطاب لو طلبه، فلمَّا جَهِل بالقصور في الطَّلب فلم يعذر[١]، وصار في حكم من بلغه.

وأمَّا متروك التَّسمية عمدًا، فميتة عندنا، وليست بمالٍ.

وعند الشَّافعي(٢): مالٌ يجوز بيعه.

والمسألة مرَّت في كتاب الصَّيد، ونحن لم نعتبر ديانة أصحاب الشَّافعي، لأنَّا أُمرنا أن نحاجَّهم بدليلنا ونلزمهم[٣] حكم الدَّليل.

والسَّكَرُ[٤] عند أبي حنيفة يجوز بيعها[٥].

وقال صاحباه: لا يجوز بيعه[٦]، وليست بمالٍ[٧].

والمسألة مرَّت في كتاب الأشربة.

---

[١] «ن» (يقدر).

(٢) انظر: «الأم» للشافعي (٢/٢٤٩)، و«البيان» للعمراني (٤/٤٥١).

[٣] «أ» «ن» (نلزم)، والمثبت من حاشية «أ».

[٤] «ص» (مسألة: والسكر...).

[٥] «ص» (ويضمن مستهلكه).

[٦] «أ» «ن» (بيعها)، والمثبت من «ص».

[٧] «ص» (ولا يضمن مستهلكه).

فصار[١] ثبوت الرِّبا بطريقين:

أحدهما: عدم الماليَّة في البدلين أو أحدهما، أو عدم مقابلة المال في بعض البدل؛ كما في مسائل ربا الفضل هذه طريقة.

والثَّاني: أن يقارن العقد ما يمنع التَّسلم[٢]؛ لأنَّ تمامه بالتَّسليم، وبدونه يبطل، لأنَّ اليد مقصودة في ملك اليمين كملك الرَّقبة والله أعلم.

❊ ❊ ❊

[١] «ص» (فصل: ثبوت الربا...).

[٢] «ن» «ص» (التسليم).

فَصْــلٌ
اختلف فيه لنقصان الملك

قال أبو حنيفة: يجوز بيع العقار للمشتري قبل القبض، وهو آخر قول أبي يوسف.

وقال محمَّد والشَّافعي(١) ﷺ: لا يجوز.

لأنَّ النَّبي ﷺ «نهىٰ عن ربح ما لم يضمن، وبيع ما لم يقبض»(٢)، ومطلق النَّهي عن العقد يدلُّ علىٰ الفساد، علىٰ[٣] ما عُرف في أصول الفقه، ولأنَّ البيع قبل القبض يؤدِّي إلىٰ الرِّبح ما لم يضمن.

والمعنىٰ فيه: أنَّه مبيع فيكون قبضه شرطًا لصحَّة بيعه؛ قياسًا علىٰ المنقول، وعلىٰ السَّلم؛ وهذا لأنَّ اليد شرط لصحَّة البيع.

ألا ترىٰ أنَّه لا يجوز بيع الآبق لانقطاع يده حسًّا، والمشتري إنَّما تثبت له اليد بالتَّسليم إليه.

ولأنَّ المبيع قبل القبض يعرض انفساخ الملك فيه بتعذُّر التَّسليم؛ نحو أن تغرق الأرض أو يغصبها غاصب، فيثبت للمشتري حقَّ الفسخ.

ولأنَّ الملك هو المطلق للتَّصرُّف علىٰ نفسه ولا شكَّ فيه، والملك المستفاد

---

(١) انظر: «الوسيط في المذهب» (٣/١٤٨)، و«فتح العزيز» (٨/٤١٤)، و«المجموع» (٩/٢٨٣).

(٢) سبق تخريجه.

[٣] «أ» (وعلىٰ).

بسببٍ إنَّما يتمُّ بعد تمام السَّببيَّة[١]، وتمام السَّبب بالقبض على ما مرَّ أنَّ له مشابه بالعقد.

ولهما: العمومات المبيحة من غير شرط القبض.

والمعنى في المسألة: أنَّ المطلق للتَّصرُّف هو الملك؛ لقيام الحجر عليه في ملك الغير تنفيذًا[٢] إلَّا بإذنٍ، فيحتاج إلى معرفة حدِّ الملك المطلق للتَّصرُّف.

فنقول: إنَّ الملك في العقار قبل القبض بمنزلة الملك في المنقول بعد القبض، وبمنزلة الملك في الثَّمن قبل القبض، وبمنزلة الملك في المهر قبل القبض، ثمَّ الملك في المهر والثَّمن قبل [القبض][٣] مطلق للتَّصرُّف في الجملة من غير اشتراط يد[٤]؛ فكذا هذا.

وإنَّما قلنا: إنَّ الملك [في العقار][٥] قبل القبض بمنزلة ملك المنقول بعده؛ لأنَّ عقد المعاوضة يوجب الملك بنفسه دون القبض، وإنَّما القبض شرطٌ لنقل الضَّمان لا غير، وجواز التَّصرُّف لا يتعلَّق بالملك المضمون، فإنَّه يجوز في الهبة والصَّدقة، ولا ضمان [فيهما][٦]، وكذلك في المهر قبل القبض.

إلَّا أنَّ الشَّرع شرط القبض في المنقول؛ لأنَّ في الملك المطلق للتَّصرف غررًا يمكن الاحتراز عنه، وهو أنَّه يعرض الانتقاض بالهلاك؛ فإنَّه متى هلك

---

[١] «ن» «ص» (السبب).

[٢] «ن» (تبعيدا).

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

[٤] في حاشية «أ» (القبض به)، وفي «ص» (به)

[٥] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

[٦] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

انتقض البيع، وصار المشتري بائعًا ما لم يملك، وإنَّه ممَّا يمكن الاحتراز عنه بالقبض، والغرر مفسدٌ للبيع.

فإنَّ النَّبي ﷺ «نهىٰ عن بيع الغرر»(١)، فاعتبر مفسدًا لما أمكن الاحتراز عنه، وبعد القبض لا يبقىٰ إلَّا غرر، تبيَّن عدم الملك بالاستحقاق، وإنَّه لا يمكن الاحتراز عنه فسقط اعتباره، والعقار قبل القبض لا غرر في ملك المشتري إيَّاه إلَّا من حيث الاستحقاق؛ لأنَّه ممَّا[٢] لا يرد عليه التَّوىٰ(٣)، فإنَّه ـ وإن صار بحرًا ـ بقي أصله، وبقي الملك إلَّا أنَّ للمشتري خيار الرَّدِّ بالتَعَيُّب؛ كما بعد القبض [إذا وجد به عيبًا][٤].

ألا ترىٰ أنَّا جوَّزنا التَّصرُّف في المهر قبل القبض لمَّا كان الملك فيه بحيث لا ينتقض بالهلاك.

وكذلك الثَّمن علىٰ أصول الجميع، يجوز الاستبدال[٥] به قبل القبض؛ لأنَّ التوىٰ لا يتصوَّر لما في الذمَّة.

واختلف مشايخ الشَّافعي في المهر إذا هلك قبل التَّسليم.

فقال بعضهم: يبطل أصلًا، ويجب مهر المثل(٦).

(١) رواه مسلم (١٥١٣) من حديث أبي هريرة، قال: «نهىٰ رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة، وعن بيع الغرر».

[٢] «ص» (مال).

[٣] التوىٰ: الهلاك. النهاية (١/٢٠١).

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٥] «ص» (الاستدلال).

(٦) انظر: «مختصر المزني» (٨/٢٨٢)، و«الإقناع» (١/١٤٠).

وقال بعضهم: يضمن القيمة(١)، وقالوا: يجوز التَّصرُّف فيه قبل القبض إذا كان الهلاك مضمونًا بالقيمة؛ لأنَّ هذا الحكم يدلُّ علىٰ أنَّ الملك فيه لا ينفسخ، فيصير اتِّفاقًا علىٰ أنَّ الفساد ليس لعدم القبض نفسه بل لمعنًىٰ فيه، وهو انفساخ الملك وغررُ أن لا ملك، وإذا ثبت هذا في المهر ثبت في غيره استدلالًا به.

❁ فإن قيل ههنا: لو تصور الهلاك لانفسخ الملك، فلم يشبه المهر والمنقول بعد القبض.

❁ قلنا: المطلق هو الملك، وقيامه مع تصوُّر الهلاك، وقيامه مع عدم تصوُّر الهلاك= واحدٌ؛ لأنَّ العلَّة هي البقاء، وإنَّه ثابتٌ في الحالين، فهذا إشكال المسألة، وسرُّها؛ دلَّ عليه: أنَّ العتاق صحيحٌ قبل القبض؛ لأنَّه لا يبطل بالغرر.

والجواب عن النَّهي: أنَّه عام ثبت خصوصه في المهر قبل القبض، فيجوز تخصيصه بالقياس الذي قلناه.

وعن الرِّبح: أنَّ الأداء إلىٰ ربح ما لم يضمن لا يفسد البيع؛ كما في المهر، وكذلك الاستبدال بالثَّمن جائز.

والرِّبح حلال قبل القبض والضَّمان، فثبت أنَّه لا يحرم[٢]، وإن كان يؤدِّي إلىٰ ربح ما لم يضمن.

وعن النَّظر: أنَّه لا تأثير لكونه مبيعًا؛ بل العبرة للملك علىٰ الإطلاق وللغرر[٣] في الإفساد.

---

(١) انظر: «مختصر المزني» (٨/٢٨٢)، و«الإقناع» (١/١٤٠).

[٢] في حاشية «أ» (يفسد).

[٣] «ص» (والعبد).

فأمَّا السَّلم فمبيع، والتَّعيين شرطٌ لجواز البيع في جانب المبيع، والسَّلم دين، وإنَّما جوَّزنا بيعه سلمًا بخلاف القياس رخصةً، فلا يجوز غير السَّلم.

وكما قيل ـ فيمن اشترىٰ كُرَّ حنطةٍ وقبض بغير كيلٍ ـ: إنَّه لا يجوز بيعه، وإن قبض؛ لأنَّ المعقود عليه قدرها[١]، ولا يتعيَّن إلَّا بالكيل، فلم يجز لعدم تعيُّن القدر، والسَّلم ذاته[٢] غير متعيِّنٍ فأولىٰ أن لا يجوز.

وتعليلنا لبيان أنَّ الملك في العقار قبل القبض بمنزلة ما بعده، لا لبيان شروط الجواز أجمع[٣]، [ونفي[٤] الشُّروط المفسدة، فإنَّها كثيرةٌ.

وأمَّا حديث اليد فباطلٌ بالمهر؛ ولأنَّ اليد إنَّما شرط فيما يحتاج فيه إلىٰ التَّسليم ليعذر[٥]، وإن كانت القدرة ثابتةٌ بتمكين العين، لا[٦] باعتبار اليد؛ لأنَّ القدرة بالتَّمكين[٧] من التَّسليم شرعًا لا باليد حسًّا][٨].

***

[١] «أ» «ن» (قدره)، والمثبت من «ص».
[٢] «أ» (فإنه)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٣] «ص» (البيع).
[٤] «أ» (أو نفي).
[٥] لم تضبط في «ن» ولعلها (ليقدر).
[٦] في حاشية «أ» (لفي).
[٧] «ن» (بالتمكن).
[٨] ما بين [ ] ليس في «ص».

فَصْــل

اختلاف النَّاس في الجواز والفساد لمعنى في العاقد[١]

[١] في «ص» (فصل: الاختلاف لمعنى في العاقد

مسألة: قال علماؤنا كل عاقل تصرف في ملك الغير وله مجيز يوقف على الإجازة.

وقال الشافعي رضي الله عنه: يلغو.

لما روي عن النبي ﷺ «أنه نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان». والمراد به: ليس عنده ملكا على ما عرف.

وعن النبي ﷺ «أنه نهى عن بيع ما لم يقبض»، فما لم يملك ولم يقبض كان أولى به.

وقال النبي ﷺ: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل».

والمعنى فيه: أنه أضاف التصرف إلى محل لا ولاية له عليه فيلغو؛ كما إذا أضافه إلى المباح قبل الأخذ وإلى ما الحر، وكذلك الصبي إذا طلق امرأته لغى ـ وإن أضافه إلى ملكه ـ لأنه محجور عنه شرعا، فهذا الذي هو محجور، ولا ملك له أولى بأن لا تلغو إضافته فيه.

ولا يلزم قول المشتري: اشتريت عبدك هذا بألف درهم»؛ لأن الصحة من حيث إضافته الإيجاب إلى ذمته لا من ذلك الجانب، فالمتعاوضات أبدا تتصل بجانب الغير؛ ولكن الصحة من حيث الإيجاب على نفسه، وكذلك تصرف هو يملك حكمه، وإنما يصح من المخاطب ثبوت ولاية التمليك في حق نفسه دون المحل، فإن الحكم يثبت فيه بالتمليك، فالولاية على المحل تحتاج إليه للملك، فيكون المال محلا بحكم التمليك، ونفس المتملك محلا بحكم التملك، فوقوع الملك له يضاف إلى تصرفه، وإزالة الملك عن المملك يضاف إلى تصرف المملك.

ولهذا لا تصح تصرفات الصبي؛ لأن الشرع أبطل عليه ولاية التصرف من حيث لم ينفذ في ملك نفسه، ففي ملك غيره أولى.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾، وسائر العمومات الدالة على الوفاء بالعقود.

وعن النبي ﷺ أنه دفع دينارا إلى حكيم بن حزام، وأمره أن يشتري به أضحية، فاشترى به شاة، ثم باعها بدينارين، ثم اشترى بأحدهما شاة، وأتى رسول الله ﷺ بالشاة والدينار، وقص القصة، فقال له: «بارك الله في صفقة يمينك؛ أما الدينار فتصدق به، وأما الشاة فضح بها»، ولو وقع فاسدا لاستحق الإنكار؛ لا الإحماد. =

....

= فإن قيل: تأويله أنه كان وكيلا مطلقا، فالشرع لا يتوقف بالإجماع، وكذلك بيع مال الغير، وتسليمه حرام، وكذلك الإجارة لا تجوز ما لم يكن المبيع قائما، فقد احتمل الهلاك.

قلنا: يحتمل أنه لم يكن عرف تحريم الشرع، فكان معذورا فيما باشر من حرام التسليم، وأخمده على بينه! وتدارك الفساد بالإجازة. واحتمل أن المسافة كانت قريبة لم يخف على رسول الله ﷺ قيام الشاة، والشاة الأخرى صارت لرسول الله ﷺ بتسليم حكيم بن حزام إليه بما صار عليه من الثمن، وقبول رسول الله ﷺ ذلك منه، وإذا كان كذلك حمل عليه، وكان أولى من جعله وكيلا مطلقا، ولم يرو له سبب، وقدر المروي لا يدل على كونه وكيلا، وإنه لو كان وكيلا له مطلقا لنقل مشهورا، فإنه يكون منقبة له كما اشتهر في الأمة مؤذن رسول الله ﷺ وصاحب وضوئه، وآخر.

والجواب عن احتجاجهم: أن الخبر ورد في بيع ما لم يملك، ولم يقبض، ثم ملك وقبض، وسلم، وعندنا: لا يقف على إجازة يملكها المرء بسبب حادث، وإنما يقف على إجازة من يملك الإجازة حين المباشرة.

والمعنى فيه: أن هذا تصرف صدر من أهله في محلّه، فلا يلغو قياسا على تصرف المالك، وهذا لأن الأفعال إنما تصير أفعالا بفعل فاعل، وانفعال منفعل، ولابد أن يكون أهل تفعيل، والمحل محل انفعال فيه ليصير فعلا، وما لصيرورة الفعل فعلا شرط زائد، والتصرف كلامه، وإنه فعل اللسان، فيكون حد صحته ما ثبت حدًّا لجملة الأفعال.

ألا ترى أن المالك إذا كان مجنونا ولم يكن أهلا لا يصح، وإذا كان أضاف إلى غير محله لم يصح؛ كبيع الحر، فلا إشكال فيما قلنا، إنما الإشكال في إثبات الوصفين.

أما الدليل على أنه وجد من أهله أن التصرف كلام، ومسألتنا في رجل عاقل بالغ هو أهل الكلام، وقال هو قابل للبيع، له ولاية لو فعل في ملكه، أو بإذن المالك صح وكان أهلا، والمحل قابلا، ومحل الفعل إنما يكون محلا بمعان فيه؛ لا في غيره، وكذلك الأهل يصير أهلا بمعان فيه لا غيره.

فإن قيل: إنما يلغو؛ لأنه ليس للعاقد ولاية حكم البيع في مال الغير، والأسباب تلغو بدون أحكامها.

قلنا: إن العقد المتعاقدين حكمين اثنين أحدهما الانعقاد، وذلك في ربط الإيجاب بالقبول فيصير عقدا، ولهما ولاية هذا الحكم؛ لأن المنعقد كلامهما، وهو ملكهما، وفي ولايتهما، وفي العقد المنعقد بعد ذلك حكم آخر، وهو إيجاب الملك في البدلين، وما لهما ولاية الإيجاب لمانع عين الوجوب لأن المحل غير قابل، وذلك لأن ملك المالك تام، وحقه محترم، ولا يجوز الإبطال=

....

= عليه بغير إذنه، ولو وجب الملك بغير إذنه لبطل، والعلة لا تبطل بتأخر حكمها لمانع، فإن الأصل البيع صحيح من المالكين، والحكم متأخر عند الشافعي إلى أن يتفرقا؛ لأنه تأخر لمانع وهو الخيار.

وكذلك عندنا إذا تبايعا على أنهما بالخيار، وكذلك الراهنان إذا تبايعا رهنا برهن بغير إذن المرتهنين انعقد ولم ينفذ الحكم لحق المرتهنين، كذلك الطلاق إلى شهر سبب صحيح للإيقاع، والحكم متأخر، وكذلك شهر رمضان سبب لوجوب الصوم، والوجوب متأخر في حق المريض والمسافر.

ولا يلزم طلاق الصبي العاقل امرأته فإنه لا ينعقد، فإن كان أهلا للكلام فإنه لو طلق امرأة غيره صح، والمحل موجود، وهو المنكوحة؛ لأن الشرع ألحق الصبي بالذي لا عقل له فيما يضره من الأحكام، ونظرا له حتى لا تلزم حقوق الله تعالى، وإن تحققت الأسباب من إدراك وقت الصلاة، وتحققت الشروط؛ كملك الزاد والراحلة، وكالزكاة عندنا، فإن ملك النصاب لأن اللزوم ضرر في نفسه فالتحق شرعا بالبهيمة التي لا عقل لها أصلا، والطلاق إضرار؛ لأنه لإبطال ملك شرع مصلحة ـ كالهبة ـ فالتحق فيه بالبهيمة أو المجنون أو المغمى عليه، فلا يبقى أهلا للكلام كما لم يبق أهلا للوجوب في حقوق الله تعالى أصلا التي تحتمل السقوط والطلاق من جملة ما كان يجوز أن يكون مشروعا، فلا يبقى في حق المجنون، وكذلك إقراره وهبته.

أو نقول: إن امرأة الصبي ليست بمحلٍّ للطلاق كالأمة؛ لأنا عرفنا الأمة محلا للطلاق شرعا، ولولا شرع الله تعالى الطلاق بعد النكاح لما كانت محلا له كالأمة، وكما قبل الملك، ولو كان الطلاق إضرارا واحتمل أن لا يكون مشروعا في حق الصبي؛ كصلاة الظهر والصوم والحج= لم يبق مشروعا في حق الصبي؛ لأنه ضرر فرضا فذلك أصل الطلاق؛ فلم يصر مشروعا في حق الصبي، وكذلك وقت الصلاة حتى أن الصبي العاقل إذا طلق امرأة غيره توقف عندنا؛ لأن المرأة محل لهذا الحكم شرعا، والصبي أهل الكلام لمعرفته، وهو لا يضره شرعا بغير الأهل؛ كما صحت نوافل عبادته؛ لأنها تنفعه ولا تضره، فلم يلتحق بالذي لا يقبل.

دل عليه: أن طلاقه غير ممتنع لمانع بدليل أنه لا مجيز له بعد الوقوع، ولا مطلق قبله، فعلم أن الامتناع لأنه لم يشرع له ذلك بملكه، وحد الممتنع لمانع أن يتصور وجوده بحال، والمانع غيره، وهو مما يحتمل الانفصال عنه، ولهذا صححنا تصرفات الصبي العاقل في مال نفسه وغيره فيما لا يضره إما موقوفا وإما نافذا؛ لأن كلامه وأهلية الكلام بالمعرفة والتمييز في الأصل،=

قال أبو زيد[١]: اعلم بأنَّ البيع لا يوجد ركنه إلَّا من جهة العاقد، ولا ينعقد إلَّا في المالين، فالمال شرط الانعقاد، وقد مرَّت، والآن يحتاج إلى[٢] من يوجد الرُّكنَ؛ وهو العاقد.

قال أصحابنا: بيع الصَّبي الذي يعقل ماله ـ أو مال غيره ـ يصحُّ إذا كان بإذنٍ من جعل الإذن إليه في ذلك المال، ويتوقَّف على الإجازة إذا فعل بغير إذنٍ، وكذلك العبد المحجور عليه.

وقال الشَّافعي(٣): لا يصحُّ والمسألتان مرَّتا في المأذون.

|٩٦٤| مسألةٌ: المشتري من الغاصب إذا أعتق العبد ثمَّ أجاز المالك البيع لم ينفذ العتق قياسًا عند محمَّد وزفر.

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف ﷺ: ينفذ استحسانًا.

= ولولا الشرع لما فرق بين الصبي العاقل، ولا المجنون البالغ والصبي في حق صحة الكلام، وأعمال العقلاء، وإنما وقع الفرق بالشرع، فننظر إلى الشرع كيف فرق، فنقول: إنما فرق بينهما فيما يضر الصبي من الأحكام فألحقه فيه بالذي ليس بأهل نفيا للضرر عنه، فأما فيما ينفعه فلا؛ لأن النظر في أن يكون كالبالغ فيه ليصل إليه نفعه، فالصبي سبب النظر والمرحمة وليس في صحة كلامه في مال غيره ضرر؛ لأن الحكم لا يلزمه، ونفس الصحة تقع في نفسه، وكذلك متى صح، وباشر اهتدى فيه وأصل ذلك ما قلناه: أنه كالبالغ في أداء نوافل العبادات لينتفع بثوابها يتخلق بأخلاق العباد، وكالمجنون في أن لا يلزمه أداء عبادة؛ لأن اللزوم ضرر، ولا تصير الفرائض التي تحتمل أن لا تكون واجبة مشروعة في حقه أصلا حتى انه وإن أداها لم تكن فرضا كأداء البالغ قبل الوقت).

[١] في حاشية «أ» (عبد الله).

[٢] في حاشية «أ» (معرفة).

(٣) انظر: «فتح العزيز» (١٠٦/٨)، و«جواهر العقود» (٤٩/١)، و«المجموع» (١٥٨/٩).

لأنَّ خيار الإجازة للمالك يمنع ملك المشتري فيمنع توقُّف عتقه عليه؛ كخيار الشَّرط والإكراه؛ بل هذا أولىٰ؛ لأنَّ [خيار][١] الإكراه لا يمنع الملك بعد التَّسليم، [وهذا يمنع][٢]، وخيار الشَّرط لا يمنع بعد الثَّلاث، وهذا يمنع، وكذا خيار الشَّرط ثابتٌ بعد رضىٰ المالك بالعقد، وهذا ثابتٌ لعدم الرِّضىٰ بالعقد أصلًا.

وهذا لأنَّ العتق يوقّف[٣] نفاذه علىٰ الملك الثَّابت، فإنَّ المالك لو أجاز العتق نفذ العتق عليه، فلا يتوقَّف علىٰ الملك الذي سيظهر؛ كالمشتري بشرط الخيار للبائع إذا أعتق ثمَّ أجاز البيع[٤]، والغاصب[٥] إذا أعتق ثمَّ أدَّىٰ الضَّمان فمَلك؛ وهذا لأنَّ النَّفاذ علىٰ الملكين ممتنعٌ، وإنَّما ينفذ علىٰ أحدهما، فكان النَّفاذ علىٰ الثَّابت الظَّاهر أولىٰ.

ولا يلزم الرَّاهن إذا باع العبد المرهون، فأعتقه المشتري، ثمَّ أجاز[٦] البيع، فإنَّ العتق ينفذ علىٰ المشتري؛ لأنَّا لا ندري أنَّ الرَّاهن إذا أجاز العتق عن نفسه ينفذ أم لا، ويجوز أن لا ينفذ؛ لأنَّ فيه ردَّ البيع، ولو ردَّ البيع بنفسه لم يرتدَّ لنفاذه عليه؛ كأنَّه لا رهن، ولمَّا لم يتوقَّف علىٰ المالك الظَّاهر وسقط حكمه، ظهر حكم الملك الذي سيظهر.

ولأنَّ المشتري من الغاصب لو قبض العبد، ثمَّ باعه، ثمَّ أجاز المالك البيع

[١] ما بين [ ] ليس في «أ»، و«ن»، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».
[٢] ما بين [ ] ليس في «أ»، و«ن»، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».
[٣] «ص» (يوجب).
[٤] «ص» وحاشية «أ» (البائع).
[٥] في حاشية «أ» (كالغاصب).
[٦] «ص» وحاشية «أ» (أتم البيع).

الأوَّل= لم ينفذ الثَّاني، وكذلك إذا أعتق؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما تصرَّف بملك تملك المحلَّ لو تصرَّف والبيع نافذٌ بعد، ولا يتوقَّف معه حال توقُّفه، بل العتق أولىٰ؛ لأنَّ البيع أسرع نفاذًا من العتق من حيث شرط الملك.

ألا ترىٰ أنَّ الغاصب إذا باع، ثمَّ ضمن؛ نفذ بيعه، ولو أعتق، ثمَّ ضمن؛ لم ينفذ عتقه، والمكاتب يملك مثله يملك البيع لنفسه، ولا يملك الإعتاق.

ووجه الاستحسان: أنَّ سبب الملك تمَّ من أهله في محلِّه وتوقف الحكم لخلل[١] في ولاية المحلِّ لحقِّ ثالثٍ محترمٍ[٢]، فيكون ذا القدر سببًا لتوقُّف العتق إذا وجد علىٰ النَّفاذ بإجازة الثَّالث؛ قياسًا علىٰ الوارث إذا أعتق عبدًا من التَّركة، وفيها دين مستغرقٌ، فرضي[٣] الغرماء بذلك، وكذلك المشتري من الرَّاهن إذا أعتق ورضي المرتهن بذلك البيع.

وإنَّما قلنا: إنَّ السَّبب تامٌّ من جهة المتعاقدين؛ لأنَّهما علىٰ هذا لو كانا مالكين أو وكيلين نفذ، وكان تامًّا؛ فعلمت أنَّ الامتناع والتَّوقف جاء للخلل في ولاية المحلِّ من حيث إنَّه ملك غيرهما.

وهذا لمعنىٰ معقول. وهو: أنَّ[٤] [البيع][٥] لمَّا تمَّ في نفسه في محلِّه لابدَّ أن يتمَّ موجبًا للحكم [إمَّا][٦] حالًا أو متوقِّفًا علىٰ الوجوب[٧] في الثَّاني، فإنَّ

---

[١] «أ» (تخلّل).
[٢] «ص» (محتوم).
[٣] «ن» (فرض).
[٤] «أ» (أنه)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٥] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».
[٦] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».
[٧] «ص» (الوجود).

العلَّة بدون معلولها تلغو، وقد تمتنع لمانعٍ يعرض الزَّوال، والامتناع ههنا بسبب حقِّ الثَّالث حتَّىٰ لا يبطل، ولا ينفذ عليه بغير إذنه، وذلك يحصل بالتوقُّف علىٰ النُّفوذ للحال، فيوقَّف.

والعتق بعد الملك لا يكون قطعًا للملك؛ بل يكون نهاية علىٰ ما بيَّنا في مسائل الشَّرط والرَّدِّ بالعيب، ونهاية الشَّيء في المعنىٰ تتمَّة له فيصير منه، فيصير العتق بعد الملك من تتمَّة الملك، فإذا كان الملك علىٰ التوقُّف في مسألتنا هذه، وصار العتق منه يتوقَّف بتوقُّفه حقًّا من حقوقه؛ لأنَّ الشَّيء إذا نفذ نفذ بحقوقه إلَّا بما يفصل بينهما، فكذا إذا توقَّف توقَّف بحقوقه.

إلَّا أنَّا نقول لمحمد بن الحسن: أرأيت هذا المشتري لو لم يشتر؛ ولكن قال للغاصب: أعتق عنِّي هذا العبد بألف درهم، فقال: أعتقت، فبلغ المولىٰ، فأجاز= أيجوز الشِّراء والعتق من الآمر أم لا؟

فإن قال: لا، نقلنا[١] الكلام إليه.

وقلنا: لو طلب من المالك هذا التَّصرُّف أليس ينفذ عتقه بعد شراء بكلمة واحدة؟ فكذا إذا طلب من غيره، وله مالك مجيز توقَّف عليه.

لأنَّ الأصل عندنا: أنَّ كلَّ تصرُّفٍ حصل مع المالك نفذ، فإذا حصل مع الفضولي توقَّف، لا يوجد غير هذا؛ ولأنَّهما لو فعلا بهذا اللَّفظ صار العقدان من حكم عقدٍ واحدٍ؛ لأنَّهما بنيا بلفظٍ واحدٍ، والواحد ممَّا يتوقَّف، فكذا العقدان لمَّا صارا في حكمٍ واحدٍ.

[١] «ص» (نقلب).

ألا ترىٰ أنَّه تمَّ بإيجاب المالك من غير قبول الطَّالب ؛ لأنَّ البيع صار في العتق ، فصار منه حكمًا ، وكذلك ههنا الإعتاق ـ وإن وجد بعد الشِّراء ـ لمَّا كان بعد حصوله يصير تتمَّة للملك الثَّابت بالشِّراء صار شيئًا واحدًا حكمًا ، وكانا جميعًا بمنزلة حكم البيع ، وحكم البيع موقوفٌ نفاذه علىٰ إجازة المالك لا محالة في مسألتنا ، فإذا صار العتق منه نفذ معه.

بخلاف البيع بشرط الخيار للبائع ؛ لأنَّ الخيار يوجب تعليق الحكم بسقوطه ، لا توقيفه ، والتَّعليق يوجب الانعدام حكمًا ؛ كما إذا قال لامرأته: إن دخلت الدَّار فأنت طالق ، فإنَّه ينعدم حكمًا أصلًا.

ألا ترىٰ أنَّ المتصارفين إذا تصارفا علىٰ أنَّهما بالخيار ، وتقابضا ، وتفرَّقا علىٰ ذلك= بطل كأنَّهما لم يقبضا شيئًا ؛ لأنَّ القبض حكم العقد ، والخيار يوجب تعليق الحكم بالسُّقوط فانعدم حكمًا ، وإن وجد حسًّا.

وبمثله لو تقابضا بدلين مستحقَّين ، وتفرَّقا= لم يبطل.

وإذا أجاز المالك نفذ خلافًا لزفر ؛ لأنَّ الاستحقاق موجب التوقُّف ، فلم ينعدم أصلًا.

وكذلك إذا قال: «إذا جاء غدٌ فللَّه عليَّ أن أتصدَّق بدرهم» ، فعجل= لم يجز ؛ لأنَّه علَّقه بشرط المجيء ، فانعدم النَّذر حكمًا.

وبمثله لو قال: «لله عليَّ أن أتصدَّق بدرهم غدًا» ، لم يجب للحال ، ولو عجَّل أجزأه.

وكذلك عند أبي يوسف لو قال: «لله عليّ أن أصوم يوم الخميس» فعجَّل

يوم الأربعاء= أجزأه؛ لاعتبار وجود السَّبب للحال، وإن توقَّف الوجوب علىٰ مجيء يوم الخميس.

ولا يلزم بيع المكره؛ لأنَّ المشتري إذا أعتق بعد القبض نفذ[١]، لأنَّه يملك عندنا بالقبض، وإن كان قبل القبض فالسَّبب قاصر؛ لأنَّ بيع[٢] المكره عندنا بيع فاسدٌ؛ كالبيع[٣] إلىٰ الحصاد، علىٰ ما بيَّنا في موضعه قبل هذا.

والبيع الفاسد عندنا تمامه بالقبض كالهبة، فيكون الإعتاق قبل القبض؛ كالإعتاق قبل القبض في باب الهبة؛ وهذا لأنَّ الحكم إنَّما يثبت نافذًا أو موقوفًا بعد تمام العلَّة.

وكذلك البيع بشرط الخيار لولا الشَّرع لكان فاسدًا لا يجوز أبدًا، وإنَّما حكمنا بالجواز بخلاف القياس وظهور حكمه بعد سقوط الخيار، فأمَّا قبله فهو دون الفاسد، فلا يكون تامًّا[٤] بنفسه ولا يتمُّ بالقبض؛ لأنَّه منعدمٌ حكمًا لمكان تعلُّق الأحكام بسقوط الخيار علىٰ ما مرَّ.

ومن مشايخنا من جعل مسألة المكره علىٰ الاختلاف، والصَّحيح ما قلنا.

ثمَّ الإعتاق بخلاف الهبة، وسائرِ التَّصرُّفات المزيلة للملك؛ لأنَّها متىٰ نفذت قطعت الملك الأوَّل، ورفعته، وما أنهته؛ فلا يصير منه[٥] معنًىٰ، ولا

[١] «ص» (يفسد).

[٢] «ن» (البيع)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٣] «ص» زيادة (بألف).

[٤] في حاشية «أ» (ثابتا).

[٥] «أ» (فيه)، والمثبت من «ص»، «ن».

حقيقة ؛ بل كانت أحكامها مضادَّةً لحكم البيع ، فلا يصير من حكم البيع الأوَّل ، فلا يتوقَّف مع حكمه .

وتعليلنا لبيان أنَّ العتق يصير منه فيتوقَّف معه ، فأمَّا ما ليس منه فلم يعلل له ، ولم تدخل هذه الجملة تحت تعليلنا فلا يلزمنا بوجهٍ .

فأمَّا الجواب عن الأوَّل: فقد ذكرنا الفرق بين أحكام خيار الاستحقاق ، والكره ، والشَّرط ؛ فلا يصحُّ الاستدلال بها ، وأحكامها مختلفة .

وأمَّا الجواب عن الثَّاني: فهو أنَّ العتق في نفسه لمَّا صلح تتمَّةً للملك معنىً ، والملك في مسألتنا نوعان: ملك ظاهرٌ للمولى المغصوب منه ، وملكٌ سيظهر للمشتري من حين اشتراه ، والعتق الحاصل صلح تتمَّةً للملكين جميعًا= صحَّ الإيجاب[١] بكلٍّ واحدٍ منهما على التوقُّف بلا تمانع[٢] ؛ فإنَّ المستحيل وجود شيءٍ واحدٍ في مكانين ، فأمَّا التوقُّف للنَّفاذ في هذا أو هذا ؛ فلا .

ألا ترى أنَّ من باع عبدًا لرجلٍ بغير أمره ، ثمَّ باعه من آخر بغير أمره= توقَّف البيعان جميعًا ؛ لأنَّ الملك بعدُ لم يثبت لأحدهما ، وإنَّما يثبت ابتداءً عند الإجازة ، فاستقام التوقُّف لشخصين ، فإذا وجد أحدهما بطل الآخر .

فكذلك العتاق الواحد يتعلَّق وجوده بشروطٍ كثيرةٍ أيّها وُجد لم يبق مع الآخر حينئذٍ ، وإذا لم يقع التَّعارض في الوقف بين الملكين بطل قوله: «إنَّ الملك الثَّابت[٣] أَوْلى من غيره» ، فإنَّه إنَّما يشتغل بالأَوْلى إذا لم يكن إثبات

---

[١] «ص» وحاشية «أ» (الإلحاق) .

[٢] «ص» (مانع) .

[٣] «ص» (الثاني) .

الأمرين جميعًا.

وأمَّا الجواب عن الثَّالث: فما ذكرنا في الفرق بين البيع والعتق.

وقولهما: «إنَّ البيع أسرع نفاذًا[١]، فيعمُّ البيع» لا يفتقر إلىٰ حقيقة ملك، والعتق يفتقر إلىٰ الحقيقة، والخلاف ليس فيه؛ إنَّما الخلاف في التوقُّف تبعًا للملك، وحكمًا له، والعتق بمعنىٰ حكمه، والبيع: لا ـ علىٰ ما مرَّ ـ.

[وقولهما: «إنَّ البيع أسرع نفاذًا[٢]، فيعمُّ البيع» لا يفتقر إلىٰ حقيقة ملك، والعتق يفتقر إلىٰ الحقيقة][٣].

فأمَّا الغاصب إذا أعتق ثمَّ ضمن لا ينفذ، والبيع ينفذ= فليس من مسألتنا في شيءٍ، فإنَّ الغصب للحال ليس بسببٍ[٤] للملك[٥] ليتوقَّف الملك، ويتوقَّف العتق[٦] حكمًا له؛ ولكن يعرض أن يصير سببًا إذا قضىٰ عليه بضمان المثل، والعتق وجد قبل القضاء؛ فكان كعتق الموهوب له قبل القبض لا ينفِذ العتق؛ لأنَّه لم يتوقَّف حتَّىٰ[٧] وقع تبعًا للملك؛ لأنَّ الملك لم يتوقَّف قبل تمام العلَّة؛ وإنَّما نفذ البيع من الغاصب إذا ضمن؛ لا بتوقُّف[٨] الملك، فإنَّه لا يتوقَّف معه علىٰ ما مرَّ؛ ولكن لانقلاب ذلك الغصب عند ضمان المثل بسبب ملك، فيستند

[١] «ص» زيادة (من العتق).
[٢] «ص» (من العتق).
[٣] ما بين [ ] ليس في «أ».
[٤] «ن» (سبب).
[٥] «أ» (الملك).
[٦] «ص» (العين).
[٧] «ص» وحاشية «أ» (حين).
[٨] «أ» (لا يتوقف).

الملك إليه حكمًا ؛ لا حقيقةً من كلِّ وجهٍ ، فيصير فيما مضىٰ قبل الضَّمان بمنزلة ملك المكاتب ، فيكفي لنفاذ البيع دون العتق.

ألا ترىٰ أنَّهم قالوا: إن كان المغصوب أمةً فولدت ، واكتسب [مالًا][١] قبل الضَّمان ، ثمَّ ضمن= صار الكسب للغاصب دون الولد ؛ لأنَّ الملك لا يثبت من وجهٍ ، وإنَّها[٢] مسألة اتِّفاقٍ ، وليست من مسألتنا في شيءٍ ، فإن أشكلت أشكلت علىٰ الجميع.

وإذا ثبت أنَّ العتاق لا يجوز من الغاصب إذا أعتقه بنفسه ، وأدَّىٰ الضَّمان وملك= فلأَن لا يجوز من المشتري إذا أدَّىٰ الغاصب الضَّمان وملَك أوْلىٰ ؛ لأنَّه يجوز[٣] من جهة تمليكه ، وبحقِّ[٤] ملكه لو باشر بنفسه لم ينفذ ، فالمشتري الذي يتلقَّىٰ من جهته أوْلىٰ ، وإن جعل حقًّا من حقوق ملكه الذي أوجبه ، فأمَّا من جهة المغصوب منه فيجوز ؛ لأنَّه لمَّا صار حقًّا للملك صار النَّفاذ مضافًا إلىٰ المجيز ، وهو لو أعتق بنفسه نفذ ، فينفذ عتق الغير بإجازته أيضًا.

وذكر هلال الرَّازي في وقفه: أنَّ الغاصب إذا ضمن ـ حتَّىٰ جاز بيعه ـ نفذ عتق المشتري ، وكذلك إن كانت أرضًا ووقفها قبل الضَّمان ، ثمَّ ضمن الغاصب نفذ[٥] وقف المشتري بعد ما ذكر أنَّه لا يصحُّ بإجازة المالك البيع في هذه المسألة بعينها.

---

[١] ما بين [ ] ليس في «ن» ، «ص».

[٢] «أ» «ن» (وإنه) ، والمثبت من «ص».

[٣] في حاشية «أ» (لا يجوز).

[٤] «أ» «ن» (ويحق) ، والمثبت من «ص».

[٥] «ن» (بعد).

فتكون المسألة دليلًا لأبي حنيفة، فيصير المشتري ـ على هذا ـ إذا أعتق أولى من الغاصب نفسه؛ لأنَّ الغاصب يملك بغصب، وذلك سببٌ من وجهٍ دون وجهٍ على ما مرَّ، فكان الملك ناقصًا كملك المكاتب، والمشتري يملك بالشِّراء، وإنَّه سببٌ للملك من كلِّ وجهٍ، فاحتمل العتق إذا ثبت بالإجازة.

فَصْــل

الفساد [لمعنى][1] في العقد بشرط فاسد

إذا اشترى عبدًا بشرط أن يعتقه كان العقد فاسدًا عندنا.

وللشَّافعي قولان فيه(٢).

فإن قبضه المشتري، فأعتقه انقلب جائزًا عند أبي حنيفة.

وعندهما[٣]: لا ينقلب.

وجه قول الشَّافعي بالجواز: أنَّ الإعتاق شرطٌ ملائمٌ، فيجوز معه العقد؛ كما إذا اشترى بشرط القبض أو بشرط أجلٍ معلوم.

وإنَّما قلنا: إنَّه ملائمٌ؛ لأنَّ العتق ممَّا يجب بنفس الشِّراء؛ كشراء الأب، فإنَّه بمعنى إعتاق.

وكذلك إذا قال لآخر: «أعتق عبدك عنِّي بألفٍ»، فقال: «أعتقت» = صار مشتريًا، ثمَّ معتقًا، فكان هذا شراءً بشرط العتق.

ولأنَّ أبا حنيفة رحمه الله يقول: إذا أعتقه[٤] جاز العقد، وتحقيق[٥] الشَّرط

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ص»، «ن».

(٢) المشهور في المذهب صحة البيع والشرط، والقول الثاني: يبطل البيع والشرط، وهناك قول ثالث: يصح البيع ويبطل الشرط. انظر: «الحاوي الكبير» (٣٢٧/١٥)، و«المهذب» (٨١/٣)، و«مغني المحتاج» (٣٣/٢).

[٣] «ص» (وعندهم).

[٤] في حاشية «أ» (بعد القبض).

[٥] «ص» (وتحقق) في هذا الموضع والذي بعده.

الفاسد يوجب تحقيق الفساد، فلمَّا تحقَّق به الجواز عُلم أنَّه شرطٌ جائز.

ولنا: ما رُوي عن النَّبي ﷺ: «أنَّه نهىٰ عن بيعٍ وشرط»(1).

ولأنَّه شرطٌ معتبرٌ لا يلائمه، فيفسده؛ قياسًا علىٰ الأجل المجهول، وبشرط[2] ألَّا يبيعه.

ولا إشكال فيه؛ فإنَّ كلَّ شرطٍ معتبر لا يلائم البيع كان فاسدًا في حقِّ البيع، والبيع بالنَّص والإجماع يبطل بالشُّروط الفاسدة.

وإنَّما قلنا: معتبرٌ؛ لأنَّه مفيدٌ حقًّا للعبد، فلم يكن هدرًا بحكم أنَّه لغوٌ في نفسه.

---

(1) رواه أبو نعيم في مسند أبي حنيفة (ص: ١٦٠)، والطبراني في «الأوسط» (٣٣٥/٤، برقم: ٤٣٦١)، وابن حزم في «المحلىٰ» (٤١٥/٨ ـ ٤١٦) عن عبد الوارث بن سعيد قال: قدمت مكة فوجدت بها أبا حنيفة، وابن أبي ليلىٰ، وابن شبرمة، فسألت أبا حنيفة، قلت: ما تقول في رجل باع بيعا وشرط شرطا؟ قال: «البيع باطل، والشرط باطل»، ثم أتيت ابن أبي ليلىٰ، فسألته، فقال: «البيع جائز، والشرط باطل»، ثم أتيت ابن شبرمة، فسألته، فقال: «البيع جائز، والشرط جائز» فقلت: يا سبحان الله، ثلاثة من فقهاء العراق اختلفتم علي في مسألة واحدة. فأتيت أبا حنيفة، فأخبرته فقال: لا أدري ما قالا؟ حدثني عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده «أن النبي ﷺ نهىٰ عن بيع وشرط»، البيع باطل، والشرط باطل.

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية في «مجموع الفتاوىٰ» (٦٣/١٨): «هذا حديث باطل ليس في شيء من كتب المسلمين وإنما يروىٰ في حكاية منقطعة». وقال أيضا (١٣٢/٢٩): «وقد ذكره جماعة من المصنفين في الفقه ولا يوجد في شيء من دواوين الحديث. وقد أنكره أحمد وغيره من العلماء. وذكروا أنه لا يعرف وأن الأحاديث الصحيحة تعارضه».

وانظر: «بيان الوهم والإيهام» (٥٢٧/٣)، و«نصب الراية» (١٧/٤)، و«البدر المنير» (٤٩٧/٦)، و«المجموع شرح المهذب» (٣٦٨/٩)، و«بلوغ المرام» (ص: ٣٠٨).

[٢] «أ» «ن» (وشرط)، والمثبت من «ص».

وإنَّما قلنا: [إنَّه][١] لا يلائم العقد؛ لأنَّ العقد يوجب الملك، والملك يطلق للمالك تصرُّفاتٍ يملكها بحقِّ الملك على سبيل الاختيار، وهو[٢] العلم على المالكيَّة، والشَّرط يسلب هذا الاختيار؛ فكان على مضادَّته؛ ولهذا لا يلزم المشتري بالإجماع أن يعتقه.

والشُّروط الجائزة في البيع لازمةٌ؛ لأنَّها تصير وصفًا لا حكمًا[٣] إذا جازت، وثبتت فيها؛ كالأجل يصير وصفًا للثَّمن.

وإذا اشترى عبدًا على أنَّه كاتبٌ يصير وصفًا للمبيع، فيلزمه؛ كما لزم الملك في الثَّمن والمثمَّن، ولزمت سائر الأوصاف من الجيِّد والرَّديء والمعيب والسَّليم، فلمَّا لم يلزم العتق عُلم أنَّه شرطٌ فاسدٌ؛

ولأنَّ إنشاء[٤] العتق ممَّا يُزيل الملك، والبيع للإيجاب والغرض منه[٥] الدَّوام، فشرط ما يحرمه ثمرته يكون غير ملائمٍ؛ كما إذا اشترى شجرةً بشرط أن يصرف فيها[٦] إلى البائع، ونحوها.

بخلاف شراء الأب، فإنَّ عتقه وجب[٧] شرعًا صلةً للأب[٨]، والملك

---

[١] ما بين [ ] ليس في «ن».

[٢] «أ» «ن» (وإنَّه)، والمثبت من «ص».

[٣] «ص» وحاشية «أ» (لأحكامهم).

[٤] «أ» «ن» (أسباب)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٥] «أ» (فيه)، والمثبت من «ص» و«ن».

[٦] «ص» وحاشية «أ» (غلتها).

[٧] «أ» «ن» (يوجب)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٨] «أ» «ن» (لابنه)، والمثبت من «ص».

سببٌ لوجوب الصِّلات[١]، فكان ملائمًا على ما وجب صلةً شرعيَّةً.

فأمَّا إذا قال: «أعتق عبدك عنِّي بألف درهم»، فما ذاك شراءٌ بشرط العتق، فإنَّ العتق أصلٌ فيه، والشِّراء ثابتٌ في ضمنه، فكان بابًا آخر.

ألا ترىٰ أنَّه لو قال له: «اقض عنِّي ديني»، فقضاه= كان تمليكًا من الآمر بعوضٍ، ثمَّ قضا عنه والقضاء لا يلائم التَّمليك.

|٩٦٥| مسألةٌ: ثمَّ قال أبو يوسف ومحمَّد: لمَّا كان الشَّرط فاسدًا لم يجز بتحقيقه، فتحقق المفسد يوجب تحقق الفساد؛ لا ارتفاعه.

ولأبي حنيفة: أنَّ الفساد في هذا الشَّرط من حيث إثباته[٢] لا من حيث ثبوته؛ لأنَّه تصرُّف يملك بالملك، فكان يجب ثبوته علىٰ الاختيار، والشَّرط ينفيه.

وكذلك الملك كان يجب علىٰ عرض الدَّوام، والشَّرط ينفيه، فلا يثبت الشَّرط جائزًا، وجوازه يوجب اللُّزوم بنصِّه علىٰ اللُّزوم، وفي اللُّزوم حكمه؛ بخلاف ما يتفرَّع علىٰ الملك علىٰ سبيل المنافاة، ومتىٰ لم يلزم كان فاسدًا؛ لأنَّ حكمه لم يثبت أصلًا.

وإذا أعتقه ثبت موجب الشَّرط لا علىٰ سبيلٍ يوجبه العقد ـ وهو الإعتاق عن اختيارٍ ـ، فارتفع المفسد قبل تقرُّره وبقيت العبرة للحكم الثَّابت بالعتاق، والثَّابت به تتميم الملك الثَّابت بالشِّراء في العبد بإنهائه، فنهاية الملك المرقوق إلىٰ العتق؛ كما ينتهي ملك الحيِّ بالموت.

---

[١] «ص» وحاشية «أ» (الشرعية)، وفي «ص» زيادة (كما يلزمه الزكاة).

[٢] «ص» (إنشائه)، وفي حاشية «أ» (وجوب إنشائه).

ألا ترىٰ أنَّه إذا اشترىٰ عبدًا، فأعتقه، ثمَّ اطَّلع علىٰ عيبٍ= رجع بالنُّقصان؛ كما لو مات، ولو باع لم يرجع بشيءٍ، وقد بيَّنا هذا في مسألة المشتري من الغاصب إذا أعتق، ثمَّ أجاز المالك.

ألا ترىٰ أنَّه لمَّا صلح أن يجب العتق صلةً بسبب الملك في شراء الأب، صلح أن يثبت حكمًا للشِّراء، حتَّىٰ كان الشِّراء إعتاقًا، وصحَّ التَّكفير به عندنا.

ووجب الضَّمان عند الشَّافعي بالشِّراء إذا كان اشترىٰ نصفه؛ كما لو أعتق النِّصف، وحكم الشَّيء يلائمه لا محاله،

فثبت أنَّ عدم الملائمة في أنَّه تصرُّفٌ يملك بملك المبيع[١]، وإنَّه يثبت علىٰ سبيل الاختيار للمالك، فما يقطع اختياره لا يلائمه، وذلك في وجوب الإنشاء[٢] بالشَّرط، حتَّىٰ إذا زال الاختيار بأن وجب صلةً عليه من الله تعالىٰ كان ملائمًا وحكمًا له؛ فكذا المشتري إذا اختار الإيقاع حتَّىٰ بقيت العبرة للواقع من الحكم صار ملائمًا.

وإذا كان كذلك عُلم أنَّ هذا الشَّرط ليس بفاسدٍ بأصله[٣]؛ بل الفساد في صفةٍ منه، وهو وجوب المباشرة عليه بالشَّرط، فأمَّا نفسه فمَنهيٌّ للملك، وملائم له؛ لأنَّ الإنهاء تقريرٌ للملك الثَّابت بالشِّراء، والشِّراء للإيجاب، فما يقرِّره يكون ملائمًا، وجرىٰ مجرىٰ الشُّروط التي[٤] تبيِّن صفات الثَّمن أو المبيع؛ لأنَّ البيان يزيد إعلامًا، وأن يكون البدلان معلومين أصلٌ معتبرٌ في باب الشِّراء.

---

[١] «ن» (البيع).

[٢] «أ» «ن» (الأشياء)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٣] في حاشية «أ» (من أصله).

[٤] «أ» (الذي).

فصار حدُّ الجائز: ما يصير صفةً لأحد البدلين مستحقَّةً لأحد المتعاقدين؛ لأنَّ العقد شُرع كذلك، كقولنا: جيِّد ورديء، وثمن حالٌّ ومؤجَّلٌ، فأمَّا إذا أوجب حكمًا أو تصرُّفًا بخلاف ما يوجبه العقد فهو غير ملائمٍ.

وشرط العتاق من حيث إنَّه تصرُّفٌ بخلاف ما يوجب[١] الملك كان فاسدًا، ومن حيث إنَّه متىٰ وقع رجع إلىٰ صفة الملك الثَّابت به كان ملائمًا، فيجب ردُّه في كلِّ حالٍ إلىٰ نظيره، ولم يحكم بفساده علىٰ الثَّبات حين وقع؛ لأنَّ المفسد غير متقرِّر علىٰ الثَّبات لمَّا كان يعرض أن يعتقه المالك بحكم ملكه مختارًا، فيثبت تحته موجب الشَّرط، ولا فساد فيما بقي ـ وإن أُضيف إلىٰ الشَّرط ـ؛ بل علىٰ أنَّه يجوز متىٰ زال المفسد، وهو وجوب الإنشاء بإعتاق المالك باختياره بحكم ملكه.

وكان سبيله سبيل الشِّراء إلىٰ الحصاد، ثمَّ [أبطل[٢] المشتري الأجل قبل حين الحصاد، فإنَّه يعود جائزًا لارتفاع المفسد ـ علىٰ ما نذكر ـ، وتبيَّن][٣] أنَّ المفسد لم يتقرَّر بالإعتاق، فإنَّ نفس التَّصرُّف حصل عن[٤] اختياره بحكم أنَّه مالكٌ، لا بالشَّرط، وإنَّه غير فاسدٍ؛ كما لو أعتق من غير شرطٍ، والذي تقرَّر من حكمه وجعل وفاء للشَّرط، وذلك أنَّها للملك وملائمٌ بحكم البيع، والله أعلم.

---

[١] «ص» (يوجبه).

[٢] «أ» (إبطال)، والمثبت مكن «ص».

[٣] ما بين [ ] ليس في «ن».

[٤] في حاشية «أ» (علىٰ).

|٩٦٦| **مسألةٌ**: إذا اشترىٰ بشرط الأجل للحصاد، ثمَّ إنَّ المشتري أبطل الأجل قبل حينِ الحصاد= عاد صحيحًا، [وهو استحسان][١].

وقال زفر: لا يعود صحيحًا قياسًا.

لأنَّه فسد بسبب جهالة الأجل؛ فأشبه ما إذا اشترىٰ بشرط الأجل إلىٰ مطر السَّماء، أو هبوب الرِّيح، ثمَّ أبطل.

إلَّا أنَّا نقول: إنَّ شرط الأجل نفسه جائزٌ، والفساد لمعنىٰ الجهالة، وتلك الجهالة في حين أوان الحصاد ـ لأنَّه يتقدَّم ويتأخَّر ـ؛ لا قبله، فإنَّه معلومٌ وقت الشِّتاء أنَّه ليس بحين الحصاد.

إلَّا أنَّا كنَّا نحكم بالفساد لاتِّصال الجزء المجهول بالمعلوم، وإنَّه اتِّصالٌ يقبل الانفصال؛ لأنَّ الأجل يحتمل السُّقوط بإسقاط من له الحقِّ، فلم يثبت الفساد بسبب الاتِّصال باتًّا؛ بل بحسب[٢] العلَّة ثبوتًا يقبل الزَّوال بالانفصال؛ لأنَّه متىٰ انفصل زال المفسد قبل التَّقرر.

وكان بمنزلة بيع الفصِّ [في الخاتم][٣]، فإنَّه فاسدٌ، وإذا نزع وسلَّم جاز؛ لأنَّ الفساد بسبب عدم التَّسليم كان بسبب الاتِّصال بما ليس بمبيع[٤]، وإنَّه غير باتٍّ[٥]؛ لأنَّه متَّصل بالخاتم اتِّصالًا[٦] إلىٰ البائع فصله إن شاء، وإن كان لا

---

[١] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».

[٢] «ص» (بأنا نحسب).

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٤] «أ» (يمنع)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٥] «ص» (ثابت).

[٦] «ن» (أيضا لا).

يلزمه ، فإذا شاء وفصل ارتفع المفسد ، فعاد صحيحًا .

فأمَّا الأجل إلىٰ هبوب الرِّيح [فنفس الشَّرط فاسدٌ ؛ لأنَّه شرط تأجيلٍ ، ومحلُّ الأجل ذكر زمان غير راهن ليتأجَّل إلىٰ حين وجوده ، وما من وقت إلَّا وهو صالحٌ لهبوب الرِّيح والمطر][1] ، فلم تصر التَّسمية[2] بهذا الاسم تسميةً لوقتٍ في المستقبل ، فانعدم محلُّ الأجل ، فلم يثبت أجلًا ، وبقي شرطًا فاسدًا ؛ كما لو شرط مع الثَّمن تسليم رطل دم .

|٩٦٧| مسألةٌ: إذا اشترىٰ شيئًا بشرط أن يرهن بالثَّمن رهنًا ، أو تكفَّل به كفيل ، فالبيع فاسد قياسًا ، وهو قول زفر .

وعندنا: يجوز استحسانًا ، إن كان الكفيل حاضرًا ـ وقبِل في المجلس ـ ، والرَّهن معلومٌ .

وجه القياس: أنَّهما صفقتان في صفقةٍ ، و«نهىٰ النَّبي ﷺ عن صفقتين في صفقةٍ»(٣) ، و«نهىٰ عن بيع وشرطٍ» .

---

[١] ما بين [ ] ليس في «ص» .

[٢] «ن» (الاسم) .

(٣) رواه الإمام أحمد (٣٧٨٣) ، والبزار في مسنده (٣٨٣/٥ برقم: ٢٠١٦) من طريق شريك ، عن سماك ، عن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود ، عن أبيه ، قال: «نهىٰ رسول الله ﷺ عن صفقتين في صفقة واحدة» . وإسناده ضعيف لضعف شريك ، وبقية رجال الإسناد ثقات .

ورواه الطبراني في «معجمه الأوسط» (١٦٩/٢ ، برقم: ١٦١٠) عن أحمد بن القاسم عن عبد الملك بن عبد ربه الطائي عن ابن السماك بن حرب عن أبيه مرفوعا: «لا تحل صفقتان في صفقة» .

قال ابن حجر في «الدراية» (١٥٢/٢): «وأخرجه أبو عبيدة وابن حبان والطبراني والعقيلي عن ابن مسعود موقوفا. قال العقيلي: وهو أصح ، وفي الباب عن أبي هريرة أن النبي ﷺ: نهىٰ=

ولأنَّه شرطٌ معتبرٌ غير ملائمٍ، فيفسده؛ كما لو كان الكفيل غائبًا.

وإنَّما قلنا: «غير ملائمٍ»؛ لأنَّه عقد على شيءٍ آخر ليس بمبيع، ولا ثمن، والبيع لا يوجب حكمه إلَّا في المبيع والثَّمن، فشرط زيادة تعدُّدهما[1] يكون غير ملائمٍ على ما مرَّ.

ووجه الاستحسان: أنَّ عين الشَّرط غير ملائمٍ على ما ذكر، ولكن حكمه ملائمٌ؛ لأنَّ الكفالة متى وقعت أوجبت زيادة وثيقةٍ لوجوب الثَّمن، وكذلك الرَّهن متى تمَّ أوجب زيادة وثيقةٍ لا لجانب الاستيفاء، والعقد يقتضي ثمنًا يجب في الذمَّة، ويستوفى، فما يؤكِّد الوجوب ـ أو معنى الاستيفاء ـ كان راجعًا إلى إثبات الصِّفة للثَّمن على وفق ما يوجبه العقد فيكون ملائمًا.

وإذا كان كذلك قلنا: إنَّ العبرة للمعاني لا للصُّور، ومعنى العقد حكمه، فإذا صار ملائمًا[2] [له][3] بحكمه جُعل ملائمًا ـ وإن تناول بصورته محلًّا آخر لم يتناوله أصل العقد من الكفيل والرَّهن ـ؛ إلَّا أنَّ الكفيل إذا لم يكن حاضرًا [العقد][4] أو لم يقبل= فسد؛ لأنَّ العقد لم يثبت فلم يثبت الحكم، فالحكم هو الملائم، فإذا لم يثبت بقيت العبرة للصُّورة، وإنَّه شرط فاسدٌ.

= عن بيعتين في بيعة. وصححه الترمذي، وأخرجه النسائي».
وحديث أبي هريرة رَوَاهُ أَحْمد في مسنده (٦٦٢٨)، وَالنَّسَائِيّ (٤٦٣٢)، والترمذي (١٢٣١) وَصَححهُ، بلفظ: «نهى رَسُول الله ﷺ عَن بيعَتَيْنِ فِي بيعَة». وانظر: «نصب الراية» (٤/٢٠)، و«البدر المنير» (٦/٤٩٧).

[1] «ن» (بقدرهما)، «ص» (بعد وهما).

[2] «ن» (ملائمه).

[3] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[4] ما بين [ ] ليس في «ن»، «ص».

وكذلك الرَّهن إذا لم يكن معلومًا ، لأنَّه شرط رهنٍ مجهولٍ ، فكان شرطًا فاسدًا بأصله ؛ إلَّا أنَّا اعتبرنا القبول من الكفيل في المجلس ههنا ، ولم نعتبر الإعتاق في المجلس فيما مرَّ .

وكذلك إبطال الأجل المجهول ؛ بل يجوز متىٰ فعل ذلك ؛ لأنَّ أصل شرط الكفالة علىٰ الغير [بغير الولاية][١] ، وإنَّه فاسدٌ علىٰ ما قاله زفر بصورته ، وإنَّما يصير ملائمًا بحكمه[٢] ، والعقد علىٰ الغير منعدمٌ حكمًا في حقِّ الغير حتَّىٰ يجيزه ، وإذا كان منعدمًا حكمًا في حقِّ الكفيل لم يثبت حكمه بوجهٍ قبل العلَّة ، [فبقيت العلَّة][٣] فبقيت العبرة للصُّورة ، وإنَّه شرطٌ فاسدٌ في نفسه ؛ لكنَّه يعرض[٤] الارتفاع بقبوله ، فقدِّر بمجلس العقد ؛ كالدَّين بالدَّين فاسدٌ في الأصل ، وإنَّما يرتفع بالقبض ، فقُدِّر بالمجلس .

وكذلك الشِّراء بالمجهول فاسدٌ ، وإذا اشترىٰ بالرَّقم ـ ولا يشعر[٥] به ـ كان فاسدًا ، ولمَّا كان يعرض الارتفاع بالعلم قُدِّر بالمجلس .

فأمَّا الشِّراء بالأجل فما هو شرطٌ فاسدٌ في أصله ؛ بل هو شرطٌ جائزٌ ، والفساد في اتِّصال الجهالة به وتقرُّرُها[٦] بمجيء حينها ، فلا يتقدَّر[٧] الفساد قبل تقرُّر العلَّة ؛ وإنَّما كنَّا نحكم بالفساد بظاهر الاتِّصال .

---

[١] ما بين [ ] ليس في «ص» .

[٢] في حاشية «أ» (كحكمه) .

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» .

[٤] «ص» (بعرض) .

[٥] في حاشية «أ» (يعرفه) .

[٦] «ص» (بقدرها) .

[٧] «أ» «ن» (يتعذَّر) ، والمثبت من «ص» .

فإذا أبطل[١] فقد رفع المفسد قبل التقرُّر في المعنىٰ، لا رفع المفسد بعد التقرُّر، فالرَّفع بعد التقرُّر يتقدَّر بالمجلس، وقبل التقرُّر لا وقت له.

وكذلك الشِّراء بشرط العتق، فالفساد ليس من حيث إنَّ الشَّرط لم يصادف محلَّه ـ فبقي فاسدًا في عينه، أو كان بغير ولايةٍ لينعدم حكمًا فيبقىٰ فاسدًا من حيث العدم ـ؛ بل لأنَّه يعارض حكم المالكيَّة في سلب الاختيار عنه، فكان الإفساد لحكم المعارضة؛ لا في عينه.

فإذا أعتق مختارًا علىٰ ما توجبه الملكيَّة زالت المعارضة، وثبت المشروط مع زوال المفسد قبل تقرُّره، فإنَّا ما سلبنا الاختيار بحكم الشَّرط ليكون المفسد متقرِّرًا، وإذا كان كذلك لم يكن الإعتاق رافعًا للمفسد ليتقدَّر بالمجلس.

وأمَّا شرط الرَّهن علىٰ مال نفسه فصحيحٌ إذا كان معلومًا، ويلزم إذا جعله شرطًا في البيع[٢]، ويلزمه التَّسليم والوفاء به[٣] في المجلس وخارجه[٤]، فلم يكن في التَّسليم رفع المفسد ليتقدَّر به.

|٩٦٨| **مسألةٌ**: إذا اشترىٰ بشرط الخيار أربعة أيَّام لم يجز.

وقال أبو يوسف ومحمَّد: جائز، وإن طالت المدَّة بعد أن تكون معلومةً.

لأنَّ شرط الخيار شرطٌ ملائمٌ[٥]؛ لأنَّه شُرع لتحرِّي الموافقة، ونفي الغبن،

---

[١] «ص» (أبطله).

[٢] «أ» (العبد)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٣] «أ» «ن» (والوقاية)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٤] «ص» (وبعده).

[٥] في حاشية «أ» زيادة (للعقد).

والتِّجارة شُرعت للرِّبح ، فما يقرب منه يكون ملائمًا له ، وكان بمنزلة شرط الأجل.

ولأبي حنيفة: أنَّه شرطٌ فاسدٌ غير ملائمٍ له ؛ لأنَّه[١] ينافي حكم ، فالبيع شُرع لإيجاب الملك في البدلين ، والخيار يمنع وجوب الملك ؛ إلَّا أنَّا جوَّزنا في الثَّلاث بالنَّصِّ بخلاف القياس ، فلم يجز قياس غيره عليه ؛ بل لم يجز احتمال زيادةٍ من المنافي ليست في النَّصِّ.

ولأنَّ النَّصَّ شرع هذه المدَّة لإيلاء عذرِ المشروط له في الغبن ، وإيلاء العذر مقدَّر بثلاث علىٰ ما عُرف.

بخلاف الأجل ؛ لأنَّه لا يمنع الملك ، وإنَّما يؤخِّر المطالبة ، والمطالبة ليست من أحكام العقد ؛ بل حكمه الملك ثمَّ المطالبة ؛ لأنَّه ملكه عند غيره.

أو لأنَّ الأجل ـ وإن أخَّر المطالبة ـ بخلاف موجب العقد ، فقد بُيِّن صفة للثَّمن بأن كان مؤجَّلًا ، وإنَّه صفةٌ له يوجب ضرب نقصانٍ فيه ؛ كصفة الرَّداءة[٢] علىٰ ما عُرف ، فكان ملائمًا من حيث بين[٣] صفة له.

كما إذا اشترىٰ عبدًا علىٰ أنَّه آبقٌ فيصحُّ ؛ لأنَّه بيان عيب به ، وبيان عوض البيع[٤] ممَّا يوجبه العقد ، فإنَّه ممَّا يفسد بالجهالة ويصحُّ بالإعلام.

---

[١] في حاشية «أ» (ولأنه).

[٢] «ص» (الزكاة).

[٣] «أ» (هو) ، والمثبت من «ن» و«ص».

[٤] «ص» (المبيع).

|٩٦٩| مسألةٌ: إذا اشترىٰ بشرط الخيار أبدًا، فالبيع فاسدٌ، فإن أبطل من له الخيارُ الخيارَ قبْل مُضِي ثلاثة أيَّامٍ عاد العقد جائزًا؛ إلَّا عند زفر، وهي مسألة البيع إلىٰ الحصاد.

|٩٧٠| مسألةٌ: إذا اشترىٰ بشرط أنَّه إن لم ينقد الثَّمن إلىٰ ثلاثة أيَّامٍ فلا بيع بينهما= كان صحيحًا عندنا استحسانًا.

وقال زفر: لا يصحُّ[١].

لأنَّه بيعٌ بشرط الفسخ؛ لأنَّ قوله: «لا بيع» نصٌّ علىٰ ردِّ البيع.

ولأنَّ الملك يقع للحال، ثمَّ يبطل بعدم النَّقد[٢].

بخلاف خيار الشَّرط، فإنَّه يمنع الملك للحال، فثبت أنَّهما غيران.

وهذا بابٌ لا يعرف قياسًا، فلم يجز القياس عليه.

إلَّا أنَّا اتَّبعنا فيه عبد الله بن عمر، فإنَّه مذهبه.

ولأنَّه بمعنىٰ شرط الخيار، فذلك الشَّرط احتمل شرعًا لعلَّةٍ نقلت معه، وهي نفي الغبن بالنَّظر في المبيع متحرِّيًا للموافقة، والغبن كما يلحقه بصفات المبيع، فكذلك يلحقه بعدم النَّقد، فالدَّين أنقص من العين، فجوز هذا الشَّرط ليحترز[٣] به عن غبن عدم النَّقد؛ كما جوِّز شرط الخيار ليحترز به عن غبن صفة

---

[١] «ص» (قياسًا).

[٢] في حاشية «أ» (العقد).

[٣] «ص» (لتجوز).

المبيع؛ إلَّا أنَّا لم نجوِّز فوق الثَّلاث ويتعلَّق[١] به نفي الغبن؛ لأنَّ الشَّرع حدَّ إيلاء العذر بثلاثٍ؛ ولأنَّ الفائدة لا تفوته بهذه المدَّة إلَّا بتقصيرٍ منه.

[٩٧١] **مسألةٌ**: إذا اشترىٰ بشرط الخيار لثالث لم يجز عند **زفر** قياسًا.

وقلنا: يجوز استحسانًا.

وجه القياس: أنَّ الخيار إذا شُرط في العقد صار من حقوقه، فإذا شُرط لغير العاقد كان فاسدًا؛ لأنَّه لا يلائم العقد بأن أوجب خلاف ما يوجب العقد من كلِّ وجهٍ.

فصار كما إذا اشترىٰ بشرط أن لا يوفي[٢] الثَّمن فلان أجزأ.

إلَّا أنَّا نقول: الخيار؛ إنَّما يثبت بالشَّرط، وشرط الثُّبوت لغيره شرطه أن يكون الشَّارط مالكًا، فملكه محلُّ نفاذ تصرُّفه، فاقتضىٰ الشَّرطُ لغيره الشَّرطَ لنفسه أوَّلًا، ثمَّ توكيل غيره بناءً عليه.

كما قلنا ـ فيمن قال لآخر ـ: «أعتق عبدك عني [علىٰ ألف درهم][٣]» يصير كأنَّه اشترىٰ ثمَّ أعتق، فتصير المسألة بناءً عليها.

ولا يلزم إذا اشترىٰ بشرط أن يوفي فلانٌ الثَّمن؛ لأنَّ الثَّمن ممَّا يلزمه بنفس العقد، فلم يكن الشَّرط للإيجاب ليوجب شرطه؛ بل كان لتغيير ما يجب بالعقد، فكان فاسدًا.

---

[١] في حاشية «أ» (إن كان).

[٢] في حاشية «أ» (يوف).

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

❁ فإن قيل: إنَّكم قلتم ـ فيمن وكَّل لآخر ببيع عبده على أنَّ الآمر بالخيار ـ: لم يملك إلَّا بشرط الخيار له، ولا يثبت للعاقد، وفيه تغيير حكم العقد؛ لا غير.

❁ قلنا: إنَّ هذا الوكيل ما ملك بيعًا لازمًا، فبالشَّرط ما غيَّر حكم العقد الذي ملكه؛ بل أدَّاه على وجهه، والله أعلم.

|٩٧٢| مسألةٌ: إذا اشترى عبدًا بشرط البراءة عن كلِّ عيبٍ صحَّ شرطه[١] عندنا.

وقال الشَّافعي(٢): الشَّرط فاسد، وله في البيع قولان[٣].

وكذلك الإبراء عن الدُّيون المجهولة، وكذلك الصُّلح عن المجهول، وذهب إلى أنَّ في الإبراء معنى التَّمليك.

---

[١] «ص» (صح الشراء بشرطه).

(٢) للشافعي ثلاثة أقوال في المسألة:

الأول: أن البراءة باطلةٌ، والمشتري على خياره ـ مهما اطلع ـ، ولا فرقَ بين ما علمه البائعُ وكتمهُ، وبين ما لم يعلمه.

الثاني: أن البراءةَ صحيحةٌ عن جميع العيوب، من غير تفصيل.

الثالث: الفرق بين ما علمه، وبين ما لم يعلمه. فما علمه لم يصحّ البراءةُ فيه.

وإذا قلنا بأنه لا يبرأ من شيء من العيوب فقد بطل اشتراط البراءة، فعلى هذا هل يبطل البيع ببطلان الشرط أم لا؟ على وجهين:

أحدهما ـ وهو قول أبي العباس بن سريج ـ: أن البيع صحيح والشرط باطل.

والثاني ـ وهو قول جمهور الشافعية ـ: أن البيع باطل لبطلان الشرط.

انظر: «الحاوي الكبير» (٢٧٤/٥)، و«نهاية المطلب» (٢٨١/٥)، و«اللباب» (٢٣٩)، و«المهذب» (٥٧/٢).

[٣] «ص» وحاشية «أ» زيادة (وكذلك المذهب عنده؛ إلا أن الإبراء عن العيوب جملة بعد البيع [حاشية «أ» (البيوع)] لا يصح).

بدليل: أنَّ الذي وقعت البراءة عنه حقوق تقبل النَّقل من ملكٍ إلىٰ ملكٍ بالإرث، وكذلك بالشِّراء ممَّن عليه الدَّين.

وبدليل: أنَّه يرتدُّ بالرَّدِّ، ولا يصحُّ تعليقه بالخطر، والإسقاطاتُ[١] ـ كالطَّلاق والعتاق ـ يصحُّ تعليقها بالخطر، ولا ترتدُّ بالرَّدِّ.

ولا إشكال[٢] في الصُّلح أنَّه عقد تمليكٍ، وإذا كان تمليكًا بطل بجهالةِ قدرِ ما ملك، كالبيع؛ وهذا لأنَّ في الجهالة الفاحشة غررًا، كما في الشَّرط.

بخلاف الإبراء عن العيوب الباطنة، وجرحٍ لا يُدرىٰ غوره؛ لأنَّ ما لا يمكن الوقوف عليه ساقطُ العبرة لعدم الوسع.

ولنا: أنَّ الإبراء إسقاطٌ، فجهالة السَّاقط لا تمنع صحَّته؛ قياسًا علىٰ إعتاق عبيده، وطلاق نسائه، وهو لا يدري كم هم[٣].

وهذا؛ لأنَّ الجهالة بنفسها لا تبطل التَّمليكات؛ بل لمعنىٰ فيها، وهو تفويت التَّسليم الواجب بالعقد علىٰ ما بيَّنَّا في مسألة: شراء شيءٍ لم يره.

ألا ترىٰ أنَّ بيع قَفِيزٍ مِنْ صُبْرَةٍ يجوز [وإن كان القفيز النكرة من الصُّبرة مجهولًا][٤]؛ لأنَّه لا يتفاوت، فلا يؤدِّي إلىٰ المنازعة، وفوت التَّسليم.

وبيع شاةٍ من القطيع لا يجوز للمنازعة بينهما بسبب التَّفاوت، وفوات التَّسليم.

---

[١] في حاشية «أ» (الاسقاط)، وفي «ص» (وتعليق الإسقاطات بالحظر يجوز، ولا يرتد بالرد).

[٢] «ص» (والإشكال).

[٣] «ص» وحاشية «أ» (هو).

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

والتَّسليم لا يحتاج إليه في الإبراء والصُّلح؛ لأنَّ ما صولح عنه ـ أو أُبرئ[١] ـ مُسَلَّمٌ؛ كما في الطَّلاق والعتاق، ولمَّا كان مسلَّمًا ذهب عنه معنىٰ الغرر، والغرر في ألَّا يدرىٰ المتملِّك كم يملك، وكم يقبض[٢]، فلا يمكنه القبض.

ولم تكن الجهالة كالتَّعليق بالشَّرط؛ لأنَّ الشَّرط عينه خطرٌ؛ لا يدرىٰ أيقع ما علِّق به أم لا؟ والإبراء واقعٌ للحال إلىٰ ما أُضيف إليه عامًّا، ولا خطر فيه، فقد وقع ووصل إليه.

والدَّليل علىٰ أنَّ الإبراء إسقاط: أنَّه لا يصحُّ تمليك العين بهذه اللَّفظة، ولأنَّه يصحُّ بقوله: «أسقطت عنك ديوني».

وكذلك المعنىٰ: لأنَّ المبرأ[٣] عنه[٤] لا يستفيد علىٰ الحقيقة إلَّا براءة ذمَّته عن الوجوب، وكذلك الحكم؛ لأنَّه يتمُّ بلا قبولٍ؛ كالطَّلاق، والتَّمليك لا يتمُّ إلَّا بالقبول. وكذلك الصُّلح فيه معنىٰ الإسقاط، وإنَّه يتمَّم إسقاطًا متىٰ لم يمكن تتميمه تمليكًا علىٰ ما بيَّنا في كتاب الصُّلح.

وأمَّا قوله: «إنَّه يرتدُّ بالرَّدِّ» فنعم، لما فيه من معنىٰ التَّمليك حكمًا، وهذا الشَّبه لا يؤثِّر في فساد ما قلناه؛ لأنَّا قلنا: إنَّ محض التَّمليك لا يبطل بجهالة لا تفوِّت التَّسليم، وبما احتوت يد المشترىٰ عليه، [فما فيه معنىٰ التَّملك إذا لم

---

[١] «ص» (عليه إذا برئ).

[٢] «ن» (يقتضي).

[٣] في حاشية «أ» (الإبراء).

[٤] «ص» (لأن المنازعة).

يفوِّت التَّسليم لا يبطل بالجهالة من طريق الأولىٰ][1] ، وإذا ثبت أنَّ الشَّرط جائزٌ لم يفسد به العقد ؛ [لأنَّه لا يلائم العقد][2] من حيث [إنَّه][3] يجعله لازمًا ، أو فيه بيان كون المبيع أنَّه معيبٌ .

ولأنَّ البيع[4] بشرط البراءة بيع في الحقيقة علىٰ ألَّا يكون للمشتري حقٌّ في سلامة الوصف الذي كان يوجبه مطلق العقد ، ويكون المستحقُّ به صفة لزوم البيع مع العيب ، وإنَّه حكمٌ معلومٌ= فيصحُّ .

كما لو[5] أبرأه عن عيبٍ سمَّاه ؛ وكما لو شرط المشتري بشرط الكتابة ، فإنَّه يثبت ـ وإن كان لا يوجبه مطلق العقد ـ لأنَّه شرط زيادة وصفٍ ؛ إلَّا أنَّه لا يصحُّ ما لم يكن معلومًا ؛ لأنَّ المقصود به سلامة الوصف له ، فلا بدَّ من إعلامه ، والمقصود فيما نحن فيه لزوم البيع ، لا عين المشروط ، واللُّزوم صفةٌ معلومةٌ .

|٩٧٣| مسألةٌ: إذا اشترىٰ الثَّمرة بعد ما صار منتفعًا بها قبل الإدراك جاز عندنا ، وأجبر علىٰ القطع .

وقال المخالف[6]: لا يجوز .

لأنَّ النَّاس يتعارفون شراء هذا علىٰ تقدير التَّرك إلىٰ أن يدرك ، فيصير

[1] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص» .
[2] ما بين [ ] ليس في «أ» ، والمثبت من «ن» و«ص» .
[3] ما بين [ ] ليس في «ن» .
[4] «أ» (المبيع) ، والمثبت من «ن» و«ص» .
[5] في حاشية «أ» (أنه) .
[6] «ص» (الشافعي) . وانظر: «الأم» (٣/٤٣) ، و«مختصر المزني» (٨/١٩٨) ، و«التنبيه» (١/٩٣) .

كالمشروط [به][١] بدلالة الحال، ولو اشترىٰ بشرط التَّرك كان البيع باطلًا بالإجماع.

ورُوي عن النَّبي ﷺ: «أنَّه نهىٰ عن بيع الثَّمر قبل أن يزهي». قيل: يا رسول الله، وما[٢] يزهي؟ قال: «أن يحمَّر أو يصفر»(٣).

ولنا: عمومات البيع [من غير تقييد][٤].

والمعنىٰ فيه: أنَّ المبيع قابلٌ للبيع لا فسادَ [فيه][٥] من قِبله، بدليل أنَّه لو اشترىٰ بشرط القطع كان صحيحًا بالإجماع.

وإنَّما الفساد عند الخصم لمعنًىٰ بشرط التَّرك الثَّابت عرفًا، ولا يجوز أن يثبت الفساد للشَّرط؛ لأنَّ مطلق البيع يوجب التَّسليم عقيبه، والعرف في هذا الباب التَّرك علىٰ سبيل الإعارة والمنحة، لا علىٰ سبيل الوجوب بالبيع، فلا يجعل شرطًا فيه ـ فيصير واجبًا به ـ، فيصير بخلاف العرف.

ونهي رسول الله ﷺ كان لا لمعنىٰ في عينه، فإنَّه لو اشتراه بشرط القطع صحَّ؛ بل كان لمعنىٰ في غيره، وهو أنَّه اشتراه علىٰ تقدير أنَّه يتركه عليه إلىٰ أن يدرك، وربَّما لا يفعل فيندم، والنَّهي لمعنىٰ في غيره لا يوجب الفساد بالإجماع.

---

[١] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».

[٢] في حاشية «أ» (معنىٰ).

(٣) رواه البخاري (٢١٩٧)، ومسلم (١٥٥٥) من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه، عن النبي ﷺ: «أنه نهىٰ عن بيع الثمرة حتىٰ يبدو صلاحها، وعن النخل حتىٰ يزهو»، قيل: وما يزهو؟ قال: «يحمارّ أو يصفارّ».

[٤] ما بين [ ] ليس في «ص».

[٥] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

|٩٧٤| **مسألةٌ**: وإذا اشترىٰ بعد ما تناهت الثَّمرة جاز، وأُجبر علىٰ القطع.

وقال الشَّافعي(١): يُجبر البائع علىٰ التَّرك ـ لما ذكرنا في المسألة الأولىٰ ـ أنَّ المتعارف يصير كالمشروط.

وهذا كما قاله ـ في مسألة المصرَّاة ـ: إنَّ التصرية [تصير][٢] بمنزلة شرط غزارة اللَّبن علىٰ أصله بدلالة الحال؛ إلَّا أنَّ الشِّراء بشرط التَّرك جائزٌ في هذه المسألة بخلاف الأولىٰ؛ لأنَّ التَّرك في المسألة الأولىٰ يوجب زيادة ثمرةٍ له، وقد سمِّيت[٣] في البيع، فيصير بمنزلة تسليم مبيعٍ زائدٍ لم يدخل تحت أصل التَّسمية، والتَّرك في هذه المسألة لا يوجب زيادةً، فيبقىٰ نفس الشَّرط ـ وإنَّه شرطٌ متعارفٌ ـ، فلا يوجب الفساد علىٰ ما يقوله محمد[٤].

|٩٧٥| **مسألةٌ**: وأمَّا إذا اشترىٰ بشرط التَّرك، فالبيع فاسدٌ قياسًا.

وقال محمد: يجوز استحسانًا.

لأنَّ التَّرك متعارف، فأشبه ما إذا اشترىٰ نعلًا بشرط أن يحذوه البائع؛ وهذا لأنَّ القبض متعذِّر عقيب الشِّراء، ولا يرغب في مثله المشتري؛ لجريان العادة بخلاف ذلك في شراء أثمار الكروم، فجوِّز[٥] بهذا الشَّرط دفعًا للحرج ـ بخلاف القياس ـ كما جُوِّز السَّلم[٦].

---

(١) انظر: «الأم» للشافعي (٣/٤٤)، و«مختصر المزني» (٨/١٩٨)، و«التنبيه» (١/٩٣).

[٢] ما بين [ ] ليس في «ن».

[٣] «ص» (علىٰ ما يسميه).

[٤] «ص» (علىٰ ما قال محمد في المسألة الأخرىٰ).

[٥] «أ» (فيجوز).

[٦] «ص» (في السلم).

ووجه القياس: ما رُوي عن النَّبي ﷺ: «أنَّه نهىٰ عن بيع وشرط»، و«نهىٰ عن صفقتين في صفقة واحدة»(١)، وهذا صفقتان في صفقة؛ فإنَّ الثَّمن شرطٌ بإزاء الثَّمرة، وإنَّه بيعٌ، وبإزاء منفعة التَّرك، وإنَّه إجارةٌ.

والمعنىٰ فيه: أنَّه شرطٌ فاسدٌ معتبرٌ، فيفسِد البيع[٢]؛ كشرط تعليم الكتابة، وغيره.

وإنَّما قلنا: «شرطٌ فاسدٌ»؛ لأنَّ البيع يوجب [تسليم][٣] المبيع لا غير، وهذا يوجب تسليم ما ليس بمبيعٍ حقيقةً، فإنَّ النَّخل غير الثَّمرة، ولا منها حكمًا؛ لأنَّه يمكنه تسليم الثَّمرة دون النَّخيل، فلا يصير منها بحكم[٤] الاتِّصال.

[وإنما قلنا][٥]: «معتبرٌ»[٦]؛ لأنَّ للمشتري فيه فائدةٌ؛ بخلاف شراء النَّعل بشرط الحذو، لأنَّه يصير - في المعنىٰ - شراءَ نعلٍ محذوٍّ؛ لأنَّ الحذو يغير صفته، فيلزمه التَّسليم بذلك الوصف.

كما إذا اشترىٰ عبدًا علىٰ أنَّه كاتبٌ أو خبَّازٌ، فإنَّ الشِّراء يصحُّ بذلك الوصف، إلَّا أنَّ العبد متىٰ لم يكن كاتبًا لم يجبر علىٰ التَّسليم كاتبًا؛ لأنَّه ليس في وسعه ذلك، وههنا في وسع البائع التَّسليم محذوًّا، فيجبر عليه.

ولا يلزم علىٰ الجواب إذا اشترىٰ عبدًا بشرط أنْ يعلِّمه الكتابة؛ لأنَّ التَّعليم

---

(١) سبق تخريج الحديثين.

[٢] في حاشية «أ» (العقد).

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٤] «أ» «ن» (فحكم)، والمثبت من «ص».

[٥] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٦] في حاشية «أ» زيادة (معنىٰ).

ليس في وسعه ، فلم يمكن أن يجعل عبارةً عن كينونة العبد كاتبًا ؛ بل عن تسليم نفسه للكتابة ، وههنا في وسع البائع جعل النَّعل محذوًّا ، فأمكن أن يجعل كنايةً عنه .

وبخلاف ما إذا اشترىٰ دهنًا في زقٍّ[١] علىٰ أن يسلِّمه الزِّقَّ ، فإنَّه يجوز ؛ لأنَّ الزِّقَّ من الدُّهن في حقِّ التَّسليم حكمًا ؛ لأنَّه لا يقوم بدونه ، ولا يقبل التَّسليم إلَّا بظرفه .

ألا ترىٰ أنَّ التَّسليم بالزِّقِّ يجب بغير شرطٍ .

ولا يلزم إذا اشترىٰ طعامًا بدراهم علىٰ أن يوفيه إيَّاه في منزله من مصره ذلك ، فإنَّه يجوز استحسانًا ؛ لأنَّا نجعله عبارةً عن التَّسليم الواجب بالعقد ، لا عن حملٍ بعد التَّسليم علىٰ ما بيَّنَّا في موضعه ، فصار بمعنىٰ البيع بشرط التَّسليم ، فيكون شرطًا جائزًا .

والجواب عن الحرج : أنَّ القطع في الحال ممكنٌ لا تعذُّر فيه ؛ وإنَّما المشتري يتركه لا لتعذُّره ، ولكن لطلب زيادةٍ من حيث السُّكنىٰ[٢] ، أو زيادة الثَّمرة بالتَّرك ، وحرج يلحق الإنسان في فوات زيادة يرومها ليس بالذي يوجب الرُّخصة ، والسَّلم جاز بسبب حاجته إلىٰ بيع ما ليس عنده بسبب العُشر[٣] فكان عذرًا .

فمحمد[٤] اعتبر العادة ، وهما [اعتبرا][٥] الحقيقة ، وفي الانتزاع من[٦]

[١] «ص» (ذهبا في رق) .

[٢] «أ» (السكن) ، والمثبت من «ن» و«ص» .

[٣] كذا في الأصول ، ولعله (العُسر) .

[٤] في حاشية «أ» (بن الحسن) .

[٥] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من «ص» .

[٦] «ص» (عن) .

العادة ضرب حرج[١]، والله أعلم.

|٩٧٦| **مسألةٌ**: إذا اشترىٰ طعامًا بدراهم بشرط أن يوفيه إيَّاه في منزله من المصر الذي عقدَا فيه= جاز استحسانًا عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد رحمه الله: لا يجوز قياسًا.

لأنَّ النَّبي ﷺ «نهىٰ عن بيع وشرط».

ولأنَّهما صفقتان في صفقة؛ لأنَّ بيع العين يوجب التَّسليم في مكان العقد، فيصير ـ بشرط[٢] الإيفاء في منزله ـ بشرط[٣] حملٍ وعملٍ لم يوجبه البيع، وذلك إجارة[٤].

دلَّ عليه: لو شرط بلفظ الحمل أو الإيفاء ببلد آخر أو بقرية أخرىٰ، أو كان اشترىٰ طعامًا بطعام مثلًا بمثل علىٰ أن[٥] يوفيه [إياه][٦] في منزله [لم يجز][٧].

بخلاف شراء الثَّمرة بشرط التَّرك؛ لأنَّ التَّسليم عَقيب الشِّراء متعذِّر، ولا يرغب في شرائه متىٰ شُرط ذلك، فيحرج النَّاس حينئذٍ في بيع الثِّمار علىٰ رؤوس الشَّجر[٨]، فجُوِّز علىٰ خلاف[٩] القياس دفعًا للحرج، فلم يكن نقصًا؛

---

[١] في حاشية «أ» (والفتوىٰ علىٰ قوله).
[٢] «أ» «ن» (شرط)، والمثبت من «ص».
[٣] «أ» «ن» (شرط)، والمثبت من «ص».
[٤] في الأصول (إجازة)، والظاهر أنه تصحيف والصواب المثبت.
[٥] في حاشية «أ» (شرط).
[٦] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٧] ما بين [ ] ليس في «ن» «ص».
[٨] في حاشية «أ» (الأشجار).
[٩] «ن» «ص» (بخلاف).

لأنَّ مواضع الحرج والضَّرورة مستثناة عن تحريمات الشَّرع بالنَّص، ولا حرج فيما نحن فيه، فالقبض متيسِّر في مكان العقد، فبقي على أصل القياس.

ووجه الاستحسان: أنَّه بيع بشرط التَّسليم والقبض، فكان شرطًا صحيحًا؛ لأنَّ العقد يوجبه.

وإنَّما قلنا ذلك؛ لأنَّ الإيفاء عبارةٌ عن التَّسليم لغةً، وكذلك المكان؛ لأنَّ المصر الواحد ـ مع تباين أطرافه ـ جُعل[١] في حقِّ مكان التَّسليم كمكانٍ واحدٍ شرعًا وعرفًا.

أمَّا الشَّرع؛ فلأنَّ إجارة الدَّابة للحمل إلى مصر كذا يجوز، ولا يجوز مع جهالة مكان التَّسليم، وكذلك في باب السَّلم إذا بيَّن المصر مكانًا للتَّسليم صحَّ.

وأمَّا العرف؛ فلأنَّ المماكسة لا تجري بين الرَّاكب والمكاري في الرُّكوب إلى منزل الرَّاكب بأيِّ طرف كان منزله، فكان شرطًا للتَّسليم في مكان العقد حكمًا، لمَّا صار مكان العقد مكانًا للتَّسليم، والمصر كلُّه ـ في حقِّ التَّسليم ـ كمكانٍ واحدٍ؛ إلَّا أنَّ البائع بغير شرط يخرج عن الواجب بأدنى ما ينطلق عليه اسم مكان التَّسليم، وإذا جاء الشَّرط وبيان الأعلى لزمه ذلك[٢].

فأمَّا إذا شرط بلفظ الحمل كان شرط عملٍ لا يوجبه العقد، فصار إجارةً، وكذلك في مصر آخر؛ لأنَّ التَّسليم إنَّما يكون في المكان الذي يوجبه العقد، فإذا أُضيف إلى مكانٍ آخر لم يكن ما أوجبه العقد بوجهٍ[٣]؛ بل كان شيئًا آخر،

---

[١] «أ» «ن» (أطرافها جعلت)، والمثبت من «ص».

[٢] «ص» زيادة (كما إذا باع العبد لم يلزمه التسليم كاتبا؛ لأنه صفة زائدة على أصل العقد، فإذا شرط لزمه ذلك).

[٣] «ص» (يوجبه).

وتسليمًا غير تسليم العقد، فكان إجارة.

وبخلاف الحنطة بالحنطة؛ لأنَّ التَّسليم في بيته بشرط زيادة لنفسه ليس للآخر، فيبطل؛ كما لو شرط معه درهمًا أو ثوبًا؛ فيكون الفساد بسبب فضلٍ هو ربا، لا بسبب الشَّرط.

فمحمد[١] في هذه المسألة اعتبر الحقيقة، وهما[٢] العرف والحكم.

وعُذْرُ محمد ـ عما قاله أبو حنيفة ـ: أنَّ المصر كمكانٍ واحدٍ في حقِّ الامتياز عن سائر البلدان والقرى، فأمَّا هو في نفسه[٣] فأمكنةٌ متفرِّقة؛ يمتاز كل بعضٍ منها عن البعض بأسماءٍ خاصَّةٍ، فيكون على هذا اسم مكان العقد غير اسم مكان المنزل.

وقد ذكرنا[٤] ـ في باب السَّلم ـ: إذا أسلم دراهم في شيءٍ ليوفيَه إيَّاه في منزله من ذلك المصر= جاز استحسانًا، فكان هذا والحمل سواءً في القياس؛ لكنَّا نأخذ بالاستحسان في الإيفاء، ولم يذكر خلافًا، ففرق بين الحمل والإيفاء، والله أعلم.

|٩٧٧| مسألةٌ: إذا أسلم حنطةً في شعيرٍ وزيتٍ، أو أسلم ثوبًا قوهيًّا(٥) في قوهيٍّ ومرويٍّ، أو اشترى عبدين كلُّ واحدٍ منهما بخمسمائة، فإذا أحدهما حرٌّ=

[١] في حاشية «أ» زيادة (بن الحسن).

[٢] «ص» (اعتبرا).

[٣] «أ» «ن» (نفسها)، والمثبت من «ص» حاشية «أ».

[٤] «أ» (ذكر).

(٥) نسبة إلى قُوهُسْتَانَ؛ في «القاموس المحيط» (ص: ١٢٥٢): «قُوهُسْتانُ ـ بالضم ـ: كُورَةٌ بَيْنَ نَيْسابُورَ وهَراةَ... ومنه: ثَوْبٌ قُوهِيٌّ، لما يُنْسَجُ بها، أو كُلُّ ثَوْبٍ أشْبَهَهُ يُقالُ له: قُوهِيٌّ، وإنْ لم يَكُنْ من قُوهُسْتانَ».

فسد العقد كلُّه عند أبي حنيفة.

وقال صاحباه: يفسد في الحرِّ وحده، والشَّعير والثَّوب القوهي[١].

وجه قولهما ظاهر؛ وهو أنَّ الفساد إنَّما ثبت حيث المفسد الذي هو علَّته، والعلَّة المفسدة في السَّلم الجنس أو الكيل، وذلك وُجد مع أحدهما دون الآخر، والعلَّة ـ في مسألة الحرِّ ـ الحريَّة؛ وهي في أحدهما دون الآخر.

وكانت هذه بمنزلة ما إذا اشترىٰ عبدين كلَّ واحدٍ بألفٍ، فإذا أحدهما مدبَّرٌ ـ أو مكاتبٌ أو مستحقٌّ ـ، أو أمتين، فإذا إحداهما أمُّ ولد؛ فإنَّ البيع ينفذ في الآخر.

وكذلك إذا اشترىٰ جراب مروي[٢] علىٰ أنَّ فيه خمسين ثوبًا؛ كلَّ ثوبٍ بعشرةٍ، فإذا فيه تسعةٌ وأربعون= صحَّ العقد في الموجود؛ لأنَّ المفسد هو العدم، فاقتصر الفساد علىٰ المعدوم.

وكذلك إذا اشترىٰ عبدين ـ فإذا أحدهما ملكه ـ صحَّ في الباقي.

ولا يلزم إذا اشترىٰ عبدًا بألف درهم ورطل من خمر، فإن العقد يفسد كلُّه، لا بحصَّة الرِّطل[٣]؛ لأنَّ الخمر لا قيمة لها في حقِّنا.

ألا ترىٰ أنَّ متلفها لا يضمن، والأبدال في البيع إنَّما تأخذ الحصَّة بالقسمة، والقسمة تكون بالقيم، فما لا قيمة له لا ينقسم عليه البدل، فلا تثبت له الحصَّة؛

---

[١] «ص» (وعندهما يفسد في الشعير والثوب القوهي وحده).

[٢] «ص» وحاشية «أ» (هروي).

[٣] «ص» (الخمر).

بل يبقىٰ العبد بالألف، ويبقىٰ الرِّطل شرطًا فاسدًا دخل في العقد، وإنَّما دخل علىٰ الكلِّ، ففسد كلُّه.

ولا يلزم إذا اشترىٰ درهمًا بدرهم وثوبٍ، فإنَّ العقد يفسد كلُّه؛ لأنَّ الدِّرهم بالدِّرهم متىٰ قوبل وجبت المقابلة وزنًا بوزنٍ شرعًا، لا بالقيمة - علىٰ ما بيَّنَّا في مسائل الرِّبا -، و[1] تكون تلك المقابلة مستحقَّةً عندنا علىٰ ما بيَّنا: فيما إذا اشترىٰ سيفًا محلًّىٰ بفضَّةٍ بعضها فوقها وزنًا.

وإذا كان كذلك صار الدِّرهم بالدِّرهم كأنَّهما شرطا ذلك[2]، فيبقىٰ الثَّوب فضلًا لا حصَّة له من الدِّرهم، فيصير شرطًا فاسدًا علىٰ ما بيَّنا في مسائل الرِّبا، فكان الفساد بسبب الشَّرط الفاسد الدَّاخل علىٰ العقد كلِّه.

وكذلك إذا دفع أرضه مزارعة بالنِّصف علىٰ أنَّ البقر عليه والبذر علىٰ العامل= فسدت المزارعة كلها، لا بإزاء البقر دون الأرض؛ لأنَّ المزارعة تنعقد إجارةً عندنا، وتتمُّ[3] بشركةٍ رأس[4] المال فيها منافع الأرض والعامل لا غير، عرفت[5] شرعًا بخلاف القياس، والرِّبح هو العلَّة تخرج مشتركةً، والمستأجر صاحب البذر، فمتىٰ كان البذر من قبل العامل كان هو المستأجر لما يكون من قبل ربِّ الأرض، وقد شرط عليه نوعي منفعةٍ: منفعة الأرض، ومنفعة البقر.

[ومنفعة البقر][6] لا تصلح رأس مال هذه الشَّركة، فصار دخولها - في هذه

[1] «أ» (أو).
[2] «ص» (شرطاه).
[3] في حاشية «أ» (تصح).
[4] في حاشية «أ» (ورأس).
[5] «أ» «ن» (عرف)، والمثبت من «ص».
[6] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».

الشَّركة ـ كدخول الخمر في باب البيع ، فلا تتوزع العلَّة عليهما ؛ بل العقد ينعقد على ما يصلح له ، ويصير البقر شرطًا فاسدًا ، ومتى شرط على العامل ، وعمله رأس المال ، ولا يتحقَّق العمل إلَّا بالبقر[١] = صار آلة في جانبه ، فسقط اعتبارها أصلًا ، وبقيت العبرة لعمل الزِّراعة ، وإنَّه صالحٌ لرأس المال في الباب.

ومتى كان البذر على ربِّ الأرض كان هو المستأجر للعامل في الأرض ببعض الخارج ، فلم يدخل البقر تحت الإجارة ، فلا يصير ـ إذا تمَّت[٢] شركة ـ من رأس مال الشَّركة ، فإنَّه إنَّما يصير[٣] شركةً ما دخل تحت الإجارة ، فتلك الإجارة تصير[٤] شركةً ، لا غيرها.

ولا يلزم إذا اشترى عبدين بألفٍ ، فإذا أحدهما حرٌّ ؛ لأنَّ الحرَّ ليس بمالٍ ، فلا يدخل تحت البيع ، ولا يثبت الثَّمن الذي قوبل به ، فصار مشتريًا العبد بحصَّته ـ لو كانا عبدين ـ ، وقسم على قيمتهما ، والحصَّة[٥] مجهولةٌ ، ففسد العقد في الحرِّ بالحريَّة ، وفي العبد بجهالة الثَّمن حين الانعقاد.

وإذا كان البدلان مالين ـ عينين أو دينين ـ كان المسمَّى مالًا متقوِّما ، فصار محلًّا لورود العقد عليه ، فدخلا جميعًا تحت العقد بالمسمَّى ، ثمَّ فسد في أحدهما لمانع[٦] ، فيتقدَّر بقدره ، ولم توجب جهالة الثَّمن طارئةً بعد الدُّخول فسادًا ؛ كما إذا استحقَّ.

---

[١] في حاشية «أ» (بالبقر والبقر آلة) ، وفي «أ» «ن» (إلا بالنفي) ، والمثبت من «ص».
[٢] «ص» وحاشية «أ» (صحت).
[٣] «ص» وحاشية «أ» (يصح).
[٤] «ص» وحاشية «أ» (تصح).
[٥] «ص» (والقيمة).
[٦] «ن» «ص» (بمانع).

والحدُّ بين الذي يتوزَّع عليه البدل، وما لا يتوزَّع عليه: ما يضمن بالغصب؛ لأنَّه لا يضمن بالغصب إلَّا مالٌ متقوّم، ولا يقسم الثَّمن إلَّا علىٰ قدر قيمة المال، وإذا سُمِّي لكلِّ عبدٍ خمسمائةٍ فلا جهالة في نصيب العبد منهما.

ولأبي حنيفة: أنَّه بيعٌ بشرطٍ فاسدٍ، ولإثباته طريقان:

أحدهما: ما ذكرنا في كتاب النِّكاح ـ فيمن تزوَّج امرأتين بألف درهم، فإذا إحداهما ممَّن لا يجوز له نكاحها[١] لعدَّةٍ من الغير أو محرميَّةٍ ـ قال أبو حنيفة: الألف كلُّها للتي صحَّ نكاحها؛ كأنَّها تزوَّجها بألفٍ بشرط نكاح الأخرىٰ بغير شيءٍ، فكذلك ههنا يصير كأنَّه اشترىٰ الذي صحَّ البيع فيه بالثَّمن كلِّه بشرط تسليم الآخر بيعًا بغير شيءٍ؛ فيصير كما إذا اشترىٰ درهمًا بدرهمٍ وثوبٍ، علىٰ ما مرَّ.

فأبو حنيفة لا يُقابل الثَّمن بالمثمَّن مع الفساد شرعًا ـ كما في تلك المسألة ـ لعلَّةٍ ذكرناها[٢] هناك.

ولا يلزم شراء عبدين، فإذا أحدهما مدبَّر؛ لأنَّ عدم الجواز بحقِّ المستحقِّ؛ كما لو كان أحدهما مستحقًّا، لا بحقٍّ شرعيٍّ، وهذا لا يمنع صحَّة المقابلة بالتَّسمية؛ كما في بيع مال الغير بألفٍ، وإن منع النَّفاذ.

والوجه الآخر: لبيان أنَّه بيعٌ بشرط تسليم شيءٍ لا عوض له؛ كشراء درهم بدرهمين أو درهم بدرهم وثوب، أو شراء عبدٍ بألفٍ ورطلٍ من خمرٍ= أنَّ الخلاف ثابتٌ فيما إذا اشترىٰ عبدين؛ كلُّ واحدٍ منهما بخمسمائةٍ، فإذا أحدهما حرٌّ، والحرُّ ليس بمالٍ، وتسليم كلِّ واحدٍ منهما شرطٌ لصحَّة الآخر، فإنَّهما لو

---

[١] «أ» (نكاحها إياها)، والمثبت من «ص».

[٢] «ن» (ذكرنا).

كانا عبدين وقبل المشتري البيع في أحدهما= لم يصحَّ، ولم يكن جوابًا عمَّا[1] لو أسلم في حنطةٍ جيِّدةٍ وأجاب بالرَّديئة، وكذلك في مسألة السَّلم؛ لأنَّ قبول العقد في حصَّة الشَّعير فاسدٌ؛ لأنَّه ربا، والشَّرع جعل الرِّبا فاسدًا.

ولأنَّ أحد وصفي علَّة ربا الفضل إنَّما يحرِّم النَّساء عندنا على طريق أنَّ النَّقد أفضل، وأنَّه من جنس ربا الفضل؛ كما[2] إذا كانا نقدين من جنسٍ واحدٍ، ثمَّ ذلك الفضل حرامٌ من طريق أنَّه مال بيعَ بلا مالٍ على ما بيَّنَّا في موضعه.

وإذا كان كذلك صارت علَّة الفساد شائعةً في الكلِّ، لا موجودةً في بعض المعقود عليه.

أرأيت لو أسلم حنطةً في زيتٍ وثوبٍ بدراهم ودينار على ألَّا يكون بإزاء الدِّينار شيءٌ من السَّلم؛ أليس العقد كلُّه يفسد بهذا الشَّرط؟ فكذلك في الفصل الأوَّل لمَّا كان الفساد لفضل النَّقديَّة[3]، وحرمة هذا الفضل من طريق خلوه عن العوض.

بخلاف بيع عبدين فإذا أحدهما مدبَّر؛ لأنَّ الفساد من قبل عجز البائع عن تسليم المدبَّر لحقٍّ له في نفسه؛ كما يعجز بسبب الاستحقاق أو الإباق، لا بشرطٍ فاسدٍ في العقد، فيتقدَّر الفساد بقدر العجز.

وهذا؛ لأنَّ الفساد حقُّ الشَّرع كالصِّحَّة، وإذا امتنع النَّفاذ لحقِّ مستحقٍّ ـ غير الشَّرع ـ لم يكن فسادًا؛ بل كان منعًا من النَّفاذ بعد صحَّته لمانعٍ، فالبيع

---

[1] «أ» «ن» (كما)، والمثبت من «ص».

[2] «ص» (كيلا).

[3] «ن» (التعدية).

صحَّة انعقاده يفارق النَّفاذ.

وكذلك أمُّ الولد والمكاتب؛ لما ذكرنا أنَّ الماليَّة قائمةٌ فيهم جميعًا، فكان محلًّا لإضافة العقد إليه، والنَّفاذ فيها، وإنَّما يمتنع[١] بمانعٍ فيها، ولا مانع إلَّا استحقاقٌ ثبت لهم ـ أو لغيرهم ـ منع البائع التَّسليم.

وكذلك عبدان أحدهما له مالان، والفساد كان لعدم الفائدة أو لحقه ـ لا شرعًا ـ [٢]، وإنَّما البيان في شرط ما ليس بمالٍ، أو شرط مالٍ بلا مالٍ، وذلك لا يكون بيعًا على الحقيقة، فيبقى شرطًا فاسدًا، والحرُّ ليس بمالٍ على الحقيقة، والزِّيادة في أموال الرِّبا في حكم المشروط بلا عوضٍ ـ على ما مرَّ القول فيه ـ.

فكلام أبي يوسف ومحمد أظهر، وكلام أبي حنيفة أحقُّ[٣].

وليس ما يقوله النَّاس: إنَّ الفساد في أحدهما أقوى[٤]؛ لأنَّه مجمعٌ عليه بشيء؛ لأنَّ الخلاف ثابتٌ في القوهيِّ بالقوهيِّ والمرويِّ.

وعند الشَّافعي: هذا جائزٌ؛ كما قال ـ في بيع المدبَّر والعبد ـ: إنَّه جائزٌ.

والفساد في الجراب إذا كانت[٥] الثِّياب تسعةً وأربعين في الثَّوب المعدوم ثابتٌ بالإجماع.

---

[١] «ص» (والنفاذ إنما يمتنع).

[٢] في حاشية «أ» زيادة (حتى لو كان يفيد يعتبر بأن اشترى رب المال من المضارب مال المضاربة بعدما صار عروضا يصح لأنه يفيد اليد وإنما الثاني).

[٣] «ص» وحاشية «أ» (أخفى).

[٤] «أ» «ن» (قوي)، والمثبت من «ص».

[٥] «أ» «ن» (كان)، والمثبت من «ص».

وأمَّا الجواب عن الجراب الهروي:

إمَّا على الطَّريق الأوَّل: فإنَّا إنَّما نجعل الثَّمن كلُّه بإزاء الصَّحيح إذا لم يوجد الفضل بالتَّسمية.

وعلى الطَّريق الثَّاني: فإنَّ شرط تسليم المعدوم ضائعٌ لا فائدة فيه لأحد، وبمثل هذا الشَّرط لا يفسد العقد؛ إلَّا أنَّه يبطل بما إذا لم يسمِّ لكلِّ ثوبٍ ثمنًا؛ لأنَّ الثَّمن يقابل كلّه يقابل الموجود على أصله، وفسد سببُ[١] شرطِ تسليم المعدوم لا غير، وقد قيل: إنَّه على الاختلاف[٢]، والله أعلم.

❋ ❋ ❋

[١] «ص» (فسبب).

[٢] في حاشية «أ» (فنأخذ به).

فَصْــل
خيار الشَّرط الجائز

قال علماؤنا: خيار الشَّرط لا يورَّث.

وقال الشَّافعي(١): يورَّث.

لآية الميراث، ولقول النَّبي ﷺ: «من ترك مالًا أو حقًّا فلورثته»(٢).

ولأنَّه خيار ثبت في بيعٍ صحيحٍ، فيورث؛ قياسًا على خيار العيب، وخيار تعيين المبيع فيما إذا اشترى أحد الثوبين على أنه بالخيار[٣]، وخيار الرؤية على أصلكم.

ولأنَّه حقٌّ لازمٌ ثبت في عين مبيعة[٤]؛ لأن التَّصرُّف به هو الفسخ، ومحلُّه المبيع.

ولأن الحقوق إذا ثبتت مقصودة وُرِّثَتْ كالأملاك، نحو حقِّ الرهن والقصاص.

وكذلك المسلم إذا أخذ ماله الكفرة ثم اشتراه مسلمٌ، فللأول حقٌّ

---

(١) انظر: «الحاوي الكبير» (٥/٥٨)، و«نهاية المطلب» (٥/٢٧)، و«روضة الطالبين» (٣/٤٤١).

(٢) رواه البخاري (٢٣٩٨)، ومسلم (١٦١٩) من حديث أبي هريرة ﷺ، ولفظ البخاري: عن النبي ﷺ قال: «من ترك مالا فلورثته، ومن ترك كلا فإلينا».

[٣] في حاشية «أ» (يأخذ أيهما شاء).

[٤] زاد في «ص» وحاشية «أ» (فيورث قياسا على العيب ومعنى قوله لازم من عليه الحق لا يملك إبطاله وإنما قولنا [حاشية «أ» (قلنا)] في عين مبيعة).

الاسترجاع على أصلكم، ولو مات ثبت للورثة ذلك.

ولهذا قلنا: «إن حقَّ الشفعة يورث»؛ لأنَّه حقٌّ لازمٌ ثبت في عينٍ مبيعةٍ.

أو نقول: بالخيار يصير البيع غير لازمٍ ـ وقد انتقل البيع إلى الوارث ـ فينتقل بوصفه.

وإنما قلنا: «انتقل إليه»؛ لأنَّه يملك فسخه، وإنَّه تصرُّف في العقد؛ فلا يصح ما لم ينتقل إليه.

واحتج محمد بن الحسن بأن الخيار مشيئته، ومشيئته لا تورث.

ولا إشكال فيه، فإن مشيئة الإنسان تنقطع بموته كقدرته، ولا ينتقل إلى غيره؛ لأنَّها وصفه، والوصف لا يبقى بدون الموصوف.

وإنما قلنا: «خياره مشيئته»؛ لأن تفسير الشائي أن يكون فاعلا عن ملك واختيار، لا عن أمر أو إجبار[١]، وهو تفسير الخيار، والمختار في فعله على الإطلاق.

ألا ترى أنه إذا اشترط[٢] الخيار لنفسه بقي على مشيئته، إن شاء ألزم[٣] البيع، وإن شاء فسخه.

❁ فإن قيل: عندنا لا يورث خياره، ولا مشيئته؛ ولكن البيع بشرط الخيار صار غير لازمٍ، فيورث كذلك غير لازم، وللوارث[٤] في العقود التي هي غير

---

[١] «أ» «ن» (أخبار)، والمثبت من «ص».

[٢] «ص» وحاشية «أ» (شرط).

[٣] «ص» (التزم).

[٤] «ص» (وللعاقد).

لازمة خيار الفسخ ؛ كما قلنا في البيع مع العيب .

۞ قلنا : بناءً أن ننظر أن العقد يصير غير لازم بوجوده مع شرط الخيار ، أو بثبوت الخيار حقًا للمشروط له ، وبقائه كذلك حقًا له ، فمنع بقاءُ الخيار اللزوم= فقلنا : صار غير لازم لقيام الخيار حقًا للمشروط له ، بدلالة : أنه متى سقط بسببٍ ما صار لازمًا .

كما لو اشترى على أنه بالخيار ، فقبض ، وتعييت السلعة عنده في مدة الخيار أو أسقطه ، فكذا في حقِّ الوارث ؛ لأنَّه يبقى غير لازمٍ ، لا ببقاء[١] الخيار الثَّابت بالشَّرط ، وذلك الخيار ثابتٌ للعاقد صفةً له ، وانقطع لموته ، ولم يصر ميراثًا للوارث ، فيصير البيع لازمًا ؛ كما لو لم يمت ، وسقط الخيار بالعيب .

وهذا كما[٢] لا يورث عندكم خيار المجلس لو مات أحدهما في المجلس ، ويصير البيع لازمًا .

وكذلك البيع بأجل ، غير موجب للمطالبة بالثمن ، وإذا مات المشتري وجبت المطالبة بالبيع[٣] ؛ لأن المطالبة تأخرت بقيام الأجل ، والحق الثَّابت بالأجل براءة المشتري عن المطالبة ، وهي صفته ، فلا تورث عنه ، وإذا لم تورث البراءة ـ وهي المانعة عن المطالبة ـ وجبت المطالبة .

۞ فإن قيل : الموروث هو العقد بشرط ؛ لأنَّه صار حقًّا فيه ، وأنه مثبتٌ [للخيار][٤][٥] .

---

[١] «ص» (لا يبقى . . إلا ببقاء . . .) ، «أ» (لانتفاء) .
[٢] «ص» زيادة (قال) .
[٣] في حاشية «أ» (بالثمن) .
[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من «ص» .
[٥] «ص» وحاشية «أ» (للخيار) .

﴿ قلنا: إنه يبطل بالأجل، ولأن العقد والشَّرط كلام[١] مضىٰ، فلا يورث، وإنما يورث ما بقي بعد موته، لا ما ذهب، وكذلك شرط الأجل، وإنما هذا غلط من القائل لقلَّة تأمُّله فيما يقول.

ألا ترىٰ أن المنافع الماضية في حال حياة الميت لا تورث عنه، ولا يتصوَّر، وإنما يورث ما يجب بالعقد، وبالشَّرط الذي يتصور باقيًا بعد الموت، فأمَّا ما يبطل به ـ كالمدبر وأم الولد ـ فلا يورث أيضًا.

والثَّابت بالعقد ملك المبيع، وإنَّه يبقىٰ بعده فيورث، والثَّابت بالشَّرط ما أوجبه به، وهو خيار أوجبه لنفسه؛ لأنَّه قال: «علي أني بالخيار»، كقولك لعبدك: «علي أنك حر»، وإنه ينقطع بموته، فلا يتصور الإرث فيه؛ كقولك: «اشتريت بألف إلىٰ شهر» أي: علىٰ أني بريء من المطالبة إلىٰ شهر؛ كما لو اشترىٰ بألف حالّة، ثم أخَّر عنه إلىٰ شهر.

فأمَّا ملك الوارث فسخ العقد، فلأنَّه ورث الملك الثَّابت بالبيع[٢] في المبيع، وقام مقامه، وصار كالثَّابت عنه في استيفاء حقوقه بالأمر حال الحياة فيما ورث وبقي، وملك الفسخ للمشتري كان بقيام الملك الثَّابت بالبيع حقًا من حقوقه، لا لأنَّه عاقد[٣]، أو العقد للحال قائمٌ، فإنه كلامٌ ماضٍ، فلما قام الوارث مقامه في ذلك الملك بعينه ملك الفسخ بذلك الملك أيضًا؛ لا لأنَّه ورث[٤] العقد.

---

[١] في حاشية «أ» (قد).

[٢] «ص» (بالعقد).

[٣] «ص» (لا عاقد).

[٤] «ص» (رب).

ألا ترىٰ أنَّ الوكيل بالشِّراء إذا اشترىٰ لا يملك الفسخ ـ وهو عاقد ـ، والموكِّل يملكه وما عقد؛ لأنَّ الملك به ثبت له.

بخلاف خيار العيب؛ لأنَّه ثبت للمشتري لمعنىً في المبيع؛ وهو أن الشِّراء أوجب له ملك المبيع سليمًا عن العيوب بإيجاب الشَّرع؛ كما لو شرط، وقال: «اشتريت علىٰ أنه سليم عن العيوب، أو علىٰ أنه خباز أو كاتب»، ولمَّا وجب له المبيع بهذا الوصف انتقل المبيع إلىٰ الوارث كذلك؛ لأنَّه باق[١] بعد موته.

ولمَّا ثبت للوارث بهذا الوصف ـ ولم يجده كذلك ـ ثبت له خيار الفسخ ابتداءً؛ كما ثبت للمشتري، كما يملك الإقالة بالتَّراضي بالملك الموروث، لا أنه[٢] إرث عن المشتري.

ألا ترىٰ أنَّه متىٰ امتنع الرَّدُّ بالعيب لعيب حدث عند الوارث رجع بجزءٍ من الثَّمن؛ والثَّمن لا يقابل إلَّا المبيع، ونحن إنَّما أنكرنا إرث العقود، والشُّروط، والخيار، وما لا يبقىٰ بعد الموت؛ لا ما يبقىٰ [بعد الموت][٣] من الأملاك الثَّابتة للميت.

❁ فإن قيل: الجزء الفائت بالعيب غير باق.

❁ قلنا: نعم، ولكن الشَّرع ألحقه بالقائم تبعًا لأصله بأن جعله مستحقًّا للمشتري بشرائه، فكذا في حقِّ الوارث.

وأشبه ما إذا اشترىٰ وهو سليمٌ[٤] ثم فات وصفٌ قبل التَّسليم ـ قبل موت

---

[١] «ن»، في حاشية «أ» (بقي).
[٢] «ص» (لأنه).
[٣] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».
[٤] «ن» (تسليم).

المشتري أو بعده ـ؛ أليس إذا فات بعد موته كان خيارا مبتدأً للوارث لا موروثًا؟ وكذلك[١] الأوَّل لما ألحقه الشَّرع بالقائم حكمًا في استحقاق المشتري إيَّاه بالشِّراء تبعًا للأصل.

فالخيار في مسألتنا هو الحكم الأصلي، وحكمه راجع إلىٰ العقد، فلا يبقىٰ الحكم بدون أصله، وفي العيب الحكم الأصلي بالبيع صفة سلامة استحقها المشتري ووارثه، وحكمه عند عدمه في إثبات الخيار لمالك المبيع، فأوجبه[٢] للوارث لما قام مقامه في ملكه كأنه هو لقيامه مقامه في السبب.

ألا ترىٰ أن الوكيل بالشِّراء إذا اشترىٰ علىٰ أنه بالخيار لم يثبت للموكِّل بثبوت الملك له، [ويجب[٣] له خيار العيب بثبوت الملك له][٤].

وكذلك خيار الرؤية عندنا لا يورث؛ ولكن لما ثبت للمشتري ـ لأنَّه ملك المبيع مجهول الوصف لعدم الرؤية، والوارث بعد موته قائم مقامه نائبًا عنه في الملك[٥] ـ ثبت للوارث كذلك ابتداءً، وههنا العلَّة هو الشَّرط[٦] ولم يقم الوارث مقامه في الشَّرط.

وكذلك إذا اشترىٰ أحد ثوبين علىٰ أنه بالخيار يأخذ أيَّهما شاء بعشرة، ويرد الآخر، فمات= لم يورث الخيار الثَّابت بالشَّرط وسقطت بالموت، لكن

[١] «ن» (فكذلك).
[٢] «أ» «ن» (فأوجب)، والمثبت من «ص».
[٣] «ص» (ويثبت).
[٤] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن»، «ص».
[٥] «ص» زيادة (كأنه هو والخيار الأول ثبت بحكم هذا الملك).
[٦] «ص» (علة الخيار الشرط)

ورث المبيع ، وهو مجهول ، فثبت له خيار التعيين ، كمن اختلط ماله بمال رجل ثبت له خيار التعيين.

فصار الأصل: أن خيار الفسخ متى ثبت لوصف ثابت للمبيع ثبت للوارث لانتقال المبيع إليه بوصفه ، فثبت له خيار مبتدأ لا موروث ؛ كخيار الإقالة.

ومتى ثبت الخيار أصلًا بالشَّرط أو بالعقد ثمَّ تعدَّى حكمه إلى المبيع انقطع بالموت ، وارتفع حكمه ؛ لأنَّ نفسه لا يورث ، وهو علَّته[١] كذلك لم يورث.

ولهذا نقول: خيار الشُّفعة لا يورث ؛ لأنَّه مشيئةٌ للشَّفيع[٢] بين أن يأخذ المبيع بشراءٍ ، وبين أن يدعه بملكٍ كان له عند الشِّراء ، [لا بالقائم عند الأخذ ، والخيار لا يورث على ما مرَّ ، والملك القائم عند الشِّراء][٣] لم يصر للوارث ، وإنَّما صار له ما بقي بعد موته ، وبهذا لا تجب الشُّفعة ابتداءً.

ولا يلزم ملكٌ أخذه الكفَّار من المسلمين ثمَّ اشتراه رجلٌ ؛ لأنَّ للمالك القديم خيار الاسترداد ، فلو مات ثبت للوارث ؛ لأنَّه كان يسترده بملكه القديم قبل أخذ الكفَّار ليعيده[٤] بالأخذ ثانيًا ، فيصير كأنه لم يخرج عن ملكه[٥] ، والوارث قام مقامه فيه ؛ لأنَّه متى استردَّه عاد إلى ملك الميِّت ، ثمَّ يصير ميراثًا له عنه حتَّى يقضي منه ديون الميِّت.

وفي الشُّفعة إذا أخذه الوارث صار ملكًا له مبتدأً ـ كما لو اشتراه ـ لا إرثًا

---

[١] «ص» (وغلته).

[٢] «ص» (للشفعة).

[٣] ما بين [ ] ليس في «ص».

[٤] «أ» «ن» (ليفيده) ، والمثبت من «ص».

[٥] «أ» «ن» (كأن لم يخرج عنه) ، والمثبت من «ص».

عن الميِّت، فالخصم جعل ما اتَّصل بالمبيع من صفة البيع غير لازم بالشَّرط، ثمَّ أثبت الخيار كما في العيب.

ونحن أثبتنا ذلك لما بينا من الفرق بينهما، فهذا مزلُّ القدم.

وللخصم كلام حسن في عذر الأجل في أنَّه[١] لا يورث؛ وهو أنَّ الإرث عبارةٌ عمَّا يجب للوارث خلفًا عن الميِّت، لا عمَّا يجب على الوارث، والأجل لو بقي لبقي عليهم[٢]؛ لأنَّ قسمة التَّركة بينهم إنَّما تكون بعد دين الميِّت؛ كذلك[٣] شرع الله تعالى، فيصير الأجل مانعًا إيَّاهم عن القسمة لو بقي، فكان عليهم لا لهم، فلا يكون إرثًا.

وأمَّا الخيار - لو بقي - لبقي لهم على الوجه الذي كان يكون للميِّت؛ [فلذلك ورِّث][٤].

|٩٧٨| مسألةٌ: خيار الشَّرط يبقى ملك المشروط في بدله[٥] عليه [عندنا][٦].

وقال الشَّافعي في قول: لا يبقى(٧).

---

[١] «ص» (أن الأجل).

[٢] «ص» (على الورثة).

[٣] «ص» (قضاء الدين عند الميت كما).

[٤] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».

[٥] «أ» (يد له)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٦] ما بين [ ] ليس في «أ».

(٧) للشافعي في مسألة ملك المبيع في زمان الخيار ثلاثة أقوال: الأول: أن الملك في المبيع للمشتري، وهو الصحيح. والثاني: أن المِلكَ فيه للبائع. والثالث: أن الملك موقوف. انظر:=

لأنَّه لم يدخل علىٰ البيع ، فإنَّه منعقدٌ بالإجماع للحال ، وإذا تمَّ البيع أوجب حكمه، ولم يمتنع بسبب الخيار؛ كما في خيار العيب، وخيار الرُّؤية علىٰ أصلكم.

ولأنَّ الخيار شرطٌ للفسخ لا للإيجاب.

ألا ترىٰ أنَّ الفسخ لا يثبت إلَّا بمباشرةٍ بحكم الخيار، والبيع يلزم بنفسه متىٰ سقط الخيار.

إلَّا أنَّا نقول: الخيار دخل علىٰ حكم العقد؛ لأنَّه قال: «بعت علىٰ أنِّي بالخيار[١]» ، قرن الخيار بالعقد ثمَّ العقد نفسه واقعٌ إيجابًا ، فلا يتصوَّر وقوعه باختياره بعد ذلك ، فثبت أنَّ الخيار في حكمه؛ أي: الحكم[٢] لا يجب إلَّا باختياره ليستقيم إثبات الخيار له فيما دخل عليه من العقد فحكم العقد منه.

فأمَّا الفسخ فتصرف مبتدأٌ غير مذكورٍ ، فلا معنىٰ لإثبات الخيار فيه ، علىٰ[٣] أنَّه لما دخل علىٰ العقد ، ومنع إيجاب حكمه إلَّا باختياره بقي غير لازمٍ، فملك الفسخ؛ كما يملك فسخ العقود التي ليست بلازمة من نحو الوديعة والإعارة وشراء المعيب ، لا بالشَّرط؛ بل بحكم أنَّه عقدٌ غير لازمٍ.

وإذا لم يفسخ حتَّىٰ مضت المدَّة لزم[٤] لزوال الشَّرط المانع ، فثبت أنَّ

= «منهاج الطالبين» (١٠٠)، و«مغني المحتاج» (٤٢٢/٢)، و«نهاية المطلب» (٤٠/٥).

[١] في حاشية «أ» زيادة (ثلاثة أيام).

[٢] «ص» (أن الخيار).

[٣] «ص» وحاشية «أ» (غير).

[٤] في حاشية «أ» (لزمه).

الشَّرط لم يشرط للفسخ ؛ ولكن لكيلا يلزمه [الحكم][١] إلَّا باختياره ، والله أعلم .

|٩٧٩| **مسألةٌ:** وأمَّا المشروط له الخيار ، فلا يملك بدل صاحبه عند أبي حنيفة .

وعندهما: يملك .

وذهبا[٢] إلىٰ أنَّ المانع هو الشَّرط ، ولا شرط في جانب صاحبه ، فيعمل العقد عمله في الخروج عنه إلىٰ ملك الآخر ؛ كما لو عري الشَّطران عن الشَّرط .

ولا معنىٰ لقول من يقول: إن فيه اجتماع الثَّمن والمثمَّن في ملكٍ واحدٍ ؛ لأنَّ هذا ممتنعٌ بمطلق البيع ؛ لأنَّه معاوضةٌ علىٰ سبيل المساواة .

فأمَّا إذا جاء الشَّرط المغيِّر يغيِّر بقَدره ؛ كما يتغيَّر حكم المطالبة بالأجل ، وجانب الخروج بالشَّرط ؛ وهذا لأنَّه ليس تحت[٣] الاجتماع إلَّا تأخَّر حكم البيع ، فإنَّه يُوجب مِلكًا بملكٍ ، وقد أوجب الملك فيما نحن [فيه لا يملك][٤] ، والتَّأخير[٥] صحيحٌ بمانعٍ هو يعرض الزَّوال ؛ كما صحَّ في نفس تأخُّر زوال الملك من جانب من له الخيار .

وكذلك الهبة بشرط العوض إذا قبض أحدهما دون الآخر ثبت له الملك ، وما خرج العوض عن ملكه ، وإنَّها تتمُّ بيعًا .

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» ، والمثبت من «ن» و«ص» .

[٢] في حاشية «أ» زيادة (في ذلك) .

[٣] «ص» (يجب) .

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» ، والمثبت من «ن» و«ص» .

[٥] «ن» (التأخر) .

ولأبي حنيفة: أنَّ العقد يوجب حكمه في جانب البائع والمشتري، فإذا دخل الخيار في أحد الجانبين، والخيار داخلٌ علىٰ حكم العقد ـ علىٰ ما مرَّ ـ امتنع عن عمله في جانبه؛ كما لو دخل علىٰ الجانبين جميعًا، وإذا امتنع عن العمل في جانبه لم يوجب له.

وعليه فأبو حنيفة اعتبر جانب العاقد، وهما اعتبرا جانب العقد.

|٩٨٠| مسألةٌ: المشروط له الخيار إذا فسخ العقد بغير محضرٍ من الآخر لم يصحَّ، حتَّىٰ يعلم به الآخر.

رجع أبو يوسف، وقال: يصحُّ.

لأنَّ الخيار ثابتٌ له بين الفسخ والإجازة، ثمَّ الإجازة تتمُّ بغير محضر الآخر، فكذلك الفسخ، بل أولىٰ؛ لأنَّه شرطٌ للفسخ لا للنَّفاذ، فالنَّفاذ ثابتٌ بدون الخيار، ولأنَّ الفاسخ تصرّف علىٰ الغائب عن تسليط من قبله، فينفذ بغير علمه ومحضره.

قياسًا علىٰ الوكيل [بالبيع][١] إذا باع، والمرأة المخيَّرة إذا بلغها الخبر، وهي غائبةٌ، فاختارت نفسها.

وإنَّما قلنا: «عن تسليط»؛ لأنَّه يمكن منه بشرط[٢] الخيار، وما ثبت الشَّرط إلَّا بهما جميعًا.

ولأنَّ الخلاف ثابتٌ فيما لو قال البائع للمشتري: «بعتك[٣] علىٰ أنَّك

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٢] «ن» (شرط).
[٣] في حاشية «أ» (بعت منك).

بالخيار ثلاثة أيَّامٍ»، فقبل المشتري، فيكون الخيار ثابتًا بنصِّ البائع، وإيجابه له.

ولأنَّ فائدة هذا الخيار[١] ألَّا يلزمه حكم العقد إلَّا برضاه، فلو لم يملك الرَّدَّ بنفسه تضرَّر[٢] بفوت فائدته فإلى[٣] الآخر بقيت[٤] في مدَّة الخيار، فيلزمه العقد بغير رضاه، والضَّرر منفيٌّ في الإسلام بالنَّص والعقل، فيمكَّن من الرَّد نفيًا للضَّرر عن نفسه؛ كالزَّوج في الطَّلاق الرَّجعي يملك الرَّجعة بلا محضرٍ من المرأة لهذه الحكمة.

وكذا ههنا، بل أولى؛ لأنَّ ذلك الخيار ثبت شرعًا، لا بإيجاب من المرأة، وههنا ثبت بإيجاب من الآخر.

ولا يقال: بأنَّ الفسخ لو ثبت لتضرر [به][٥] الآخر بأن يتصرَّف بعد المدَّة على تقدير الجواز، فيضمن؛ لأنَّ الآخر لا يتضرَّر إلَّا بتصرُّفٍ يحدثه[٦] باختياره، ولا يدري أيحدثه أم لا؟ ولأنَّه يمكنه الاحتراز عنه إذا كان باختياره، فلا يختار حتَّى يسأل.

ألا ترى أنَّ مثل هذا الضَّرر مَوهُومٌ في جانب المطلَّقة؛ إذا لم يُشعر بالرَّجعة بأن تتزوَّج بعد العدَّة على تقدير أنَّه لم يراجعها، ولم يُعتبر؛ لأنَّها مختارةٌ، فإن شاءت لم تفعل حتَّى تستخير، والفوت[٧] ههنا يلزمه لا برضاه.

[١] في حاشية «أ» (ههنا).
[٢] «ن» (تضرب)، «ص» (لتصور).
[٣] «ض» وحاشية «أ» (فإن).
[٤] «ص» (يعيب)، ولعلها: (بقية).
[٥] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».
[٦] «ص» (يجد به).
[٧] «ص» (والضرر).

ولا يلزم علىٰ هذا الموكِّل حيث لم يملك عزل الوكيل إلَّا بعد علمه ؛ لأنَّ العزل لو صحَّ للزم الآخر حكم الحجر ، فيتضرَّر بذلك[١] اللُّزوم بدون علمه ، ولا التزام من قبله .

وههنا لا يلزم المشروط عليه ، فيلزمه بالتزامٍ[٢] من قبله بالتَّسليط عليه ، فكان علىٰ مثال ما يلزم الموكل بتصرُّف الوكيل ، فينتفي عنه معنىٰ الضَّرر بالتَّسليط الموجود من قبله .

ولا يلزمه الرَّد بخيار العيب ، فإنَّه لا يصحُّ إلَّا بمحضرٍ من الآخر ـ وإن كان قبل القبض ـ ، ويصحُّ بغير رضاه ؛ لأنَّه لم يوجد من الآخر تسليطٌ ، فلا يستقيم إلزام حكم الفسخ إيَّاه بغير علمه قصداً ، فيتضرَّر بما يلزمه بغير رضاه ، وليس في عدم النَّفاذ لزوم حكمه علىٰ هذا المشتري ؛ لأنَّ خيار العيب غير مؤقَّت ولا يبطل بالتَّأخير ؛ ولأنَّ هذا أهون ، فإنه يلزمه[٣] لا بقصد الآخر ؛ بل حكماً لعجزه عن الرَّد ، وما يلزم البائع يلزمه بقصد هذا المشتري ؛ ولأنَّ حقَّه[٤] في خيار العيب في الجزء الفائت بالعيب ـ علىٰ ما مرَّ في خيار الشَّرط ـ ، وإنَّما يرد لعجزه عن قبض ذلك الجزء ، فلم يكن استيفاءً[٥] لحقٍّ ثبت له يستقيم[٦] به وحده .

وههنا يستوفي حقًّا ثبت له ، فما يوجب الشَّرط إلَّا الفسخ ، وإنَّه غير حقِّه ، فاستقام وحده ، وسقط ما يتعدَّىٰ إلىٰ الغير بحكم التَّسليط .

---

[١] في حاشية «أ» (به) .
[٢] «أ» «ن» (بالتزامه) ، والمثبت من «ص» .
[٣] «أ» (فيلزمه) ، والمثبت من «ن» و«ص» .
[٤] «ص» (ولا رجعة) .
[٥] في حاشية «أ» (الفسخ) .
[٦] «ن» (ليستقيم) .

ولأبي حنيفة ومحمَّد: أنَّ الفسخ إلزام[١] الآخر حكمًا جديدًا لم يكن، فلا يثبت له ولاية[٢] هذا الإلزام إلَّا بعلمه؛ قياسًا على الموكل إذا عزل وكيله، فإنَّه لا يصحُّ إلَّا بعلمه.

وإنَّما قلنا: إلزام حكم إيَّاه؛ لأنَّ الخيار لا يمنع انعقاد البيع على ما مرَّ، والفسخ ردٌّ لذلك الانعقاد، فيكون حكمًا جديدًا يلزمه.

وهذا لأنَّ في اللُّزوم إيَّاه بدون علمه ضرب تغرير[٣]، فإنَّه حكمٌ يتعلَّق به أحكام يلزمه أداؤها؛ بخلاف حكم العقد، ولا يتصوَّر الأداء إلَّا بعد العلم، فيكون اللُّزوم إيَّاه بدون علمه تغريرًا[٤] من حيث الإيقاع فيما لا علم له، ويلحقه وبال ذلك؛ كما في جانب الوكيل لو صحَّ العزل بدون علمه لزمه حكم الحجر وهو لا يشعر، فيمضي على حكم الإذن، فيضمن، ويلحقه وبال ذلك، فيكون ذلك العازل هو الذي سبَّب ذلك[٥] بعزله، وصار ذلك تغريرًا[٦].

ولهذا قيل: إنَّ حكم خطاب الشَّرع لا يلزم العبد إلَّا بعد العلم؛ لأنَّه لو لزم قبل العلم ـ ولا يمكنه القيام ـ لتضرر، وصار مغرورًا.

وكذلك الردُّ بخيار العيب لا يصحُّ إلَّا بعلم الآخر، وإن مُلك بغير رضاه قبل القبض إذا حضر= لهذا المعنى، فإنَّ أبرز معنى آخر فيه لم يضرنا بعد أن

[١] «أ» (أن في الفسخ التام)، «ص» (أن الفسخ التزام)، والمثبت من «ن».
[٢] «ن» (ولأن).
[٣] «أ» «ن» (تقرير)، والمثبت من «ص».
[٤] «أ» «ن» (تقريرا)، والمثبت من «ص».
[٥] «أ» «ن» (لذلك)، والمثبت من «ص».
[٦] في الأصول (تقريرًا)، والمثبت من حاشية «أ»، وهو الأقرب.

تبيَّن تأثير ما قلناه.

ولا يلزم الإجازة[١] لأنَّ صاحبه لمَّا باع بلا شرطٍ شرط لنفسه، فقد رضي باللُّزوم علىٰ نفسه؛ ولأنَّه لازم في حقِّه قبل الإجازة[٢]، وما لزمه أمرٌ جديدٌ بالإجازة[٣].

ولا يلزم من باع مال غيره، فإنَّ للمالك خيارًا فيه، فلو ردَّه ارتدَّ بلا علم المتعاقدين؛ لأنَّ العقد في حقِّ المالك لا يوجد إلَّا بإجازته، فما لَهما عليه من ولاية، فإذا ردَّ أعدم شرط الثُّبوت في حقِّه، فانعدم أصلًا في حقِّه، فارتفع الانعقاد حكمًا؛ لأنَّه ما انعقد إلَّا لكينونته بعرض الثُّبوت في حقِّ المالك بإذنه ليعمل عمله حينئذٍ.

ولا يلزم خيار المخيَّرة، فإنَّ الزَّوج إنَّما يلزمه حكم الطَّلاق بإيجابه، وذلك فوق رضاه وعلمه[٤]، وكذلك ما يلزم الموكل بتصرُّف الوكيل.

فأمَّا ههنا فلا إيجاب من جانب المشروط عليه الخيار؛ لما ذكرنا أنَّ حكم شرط الخيار أنَّه لا يثبت حكم العقد في حقِّ المشروط له إلَّا باختياره؛ لا الفسخ، وإنَّه إنَّما يملك الفسخ بحكم أنَّ العقد غير لازمٍ ـ لا بإيجاب أحد ـ فإنَّ النَّصَّ نصُّ إثبات الخيار له فيما اشترىٰ، لا نص الفسخ لما اشترىٰ، والفسخ ضدَّ العقد، فثبت أنَّه غير مذكورٍ، فهذه شبهة المسألة، ومتىٰ بطل التَّسليط لم يبق بين هذا

---

[١] «ن» (الإجارة).

[٢] «ن» (الإجارة).

[٣] «ن» (الإجارة).

[٤] في حاشية «أ» (وذلك بمنزلة ما يلزم).

ومسألة عزل[١] الوكيل فرقٌ بوجهٍ.

ولا يلزم خيار الرَّجعة في الطَّلاق؛ لأنَّ الزَّوج بالرَّجعة ما يُلزمها حكمًا جديدًا؛ لأنَّ الطَّلاق لا يرتفع بها، والنِّكاح كان ثابتًا بحاله قبل الرَّجعة، وإنَّما كان ثبت لها[٢] حقُّ البينونة بشرط عدم الرَّجعة من الزَّوج في مدَّة[٣] العدَّة، والمعلَّق بالشَّرط في حكم العدم قبل الشَّرط، فلمَّا راجعها أعدم شرط ثبوت الحقِّ لها.

كما[٤] لو قال لعبده: «إن لم أدخل الدَّار اليوم فأنت حرٌّ»، فدخل= لم يكن ألزم العبد شيئًا؛ بل امتنع عن إيجاب الحقِّ له، فكذا هذا.

فأمَّا الجواب عن الضَّرر؛ فإنَّ المشروط له الخيار يلزمه الضَّرر بعجزه عن استيفاء حقِّه لعدم شرط الاستيفاء، لا بإيجاب من الآخر عليه بتصرُّفه؛ كما لا يملك الموكِّل عزل الوكيل وتدارك حقِّه فيما بدا له من العزل.

وكذلك المولى[٥] في حجر العبد المأذون إلَّا بحجر عامٍّ يعلم النَّاس به لعدم شرط الاستيفاء، وما يلزم صاحبه بفسخه يلزمه بتصرُّفه وإلزامه[٦]، وإنَّما صاحبه سببٌ لفوات شرط تصرُّفه بغيبته، وأنَّه فيما غاب تصرّف فيما ملك؛ لأنَّه لا حقَّ لأحدٍ في نفسه، فلم يحجر عنه، وإن أدَّى إلى فوت على الغير.

---

[١] «ن» (وعزل).

[٢] «ص» (لهذا).

[٣] «ص» (مسألة).

[٤] «ص» زيادة (لو قال لها أو قال...).

[٥] في حاشية «أ» (إذا حجر عبده المأذون لا ينحجر عليه إلا بحجر عام).

[٦] «أ» (والتزامه)، والمثبت من «ص» و«ن».

كالموكِّل إذا باع ما وكّل ببيعه ؛ فإنَّ الوكيل لا يصحُّ بيعه بعد ذلك ، ويضمن إذا باع ، وسلَّم ؛ لأنَّ نفس بيع الموكل ليس بعزل ؛ بل تصرف في ملك نفسه الخالص له ، ثمَّ امتنع تصرف الوكيل لفوت شرطه ، وهو كينونة ما يبيعه في ملك أمره .

ولا يلزم الطَّلاق والعتاق والإبراء والعفو عن القصاص ، فإنَّها تصحُّ بلا علم الآخر ؛ فإنَّ[١] هذه إسقاطاتٌ ، فلا يلزم من أسقط عنه شيءٌ ؛ كإسقاط الحمل عن الدَّابة لا يكون إلزامًا ، إنَّما اللُّزوم في جانب من أسقط بأن ذهب[٢] ملكه .

ولا يلزم العدَّة في الطَّلاق ؛ لأنَّها لا تجب بالطَّلاق .

ألا ترىٰ أنها لا تجب قبل الدُّخول ، بل الطَّلاق لقطع الملك إلَّا أنَّه لم يقدر علىٰ قطع الملك بحقِّه ، فبقي الحقُّ إلىٰ حين .

فكان بمنزلة من باع ملك الحبس[٣] بالثَّمن لا بالبيع ؛ بل[٤] البيع لم يُزل يده التي كانت قبلُ بعين[٥] حقِّه في الثَّمن .

ولا يلزم خيار الأمة المعتقة ؛ فإنَّها مسألةٌ لا رواية فيها .

ثمَّ الجواب إن سلَّمنا أنَّ الخيار يثبت لها بتخيير الشَّرع إيَّاها ، فصار كما لو ثبت بتخيير الزَّوج ؛ لأنَّ للشَّرع ولايةً علينا .

---

[١] «ص» ، «ن» (لأن) .

[٢] «ص» (وهب) .

[٣] «ص» (الجنس) .

[٤] في حاشية «أ» (لأن) .

[٥] «ن» (تعين) .

ولأنَّ الخيار ثبت لها من حيث إنَّ ملك النِّكاح يزداد عليها عندنا، حتَّىٰ لا ينقطع بعد العتق إلَّا بتطليقين، فلها أن تمتنع عن ثبوت الزِّيادة عليها إلَّا برضاها، فكان الخيار خيار امتناعٍ عن التزام حكم مبتدإٍ، لا إلزام؛ إلَّا أنَّها لا يمكنها استيفاء ما ثبت لها من حقِّ الامتناع إلَّا بردِّ الأصل، فثبت ذلك ضمنًا للدَّفع[١] عن نفسها، فكان من قبيل عزل الوكيل بإعتاق العبد ونحوه.

❁ فإن قيل: فكذلك ههنا الخيار ثابتٌ بتخيير الآخر عليه، وبالفسخ يدفع[٢] لزوم البيع بمضي المدَّة، ولا يمكنه إلَّا بفسخ العقد، فثبت أنَّه لا فرق بينهما.

❁ قلنا: إنَّ البيع قبل التَّعاقد غير موجودٍ أصلًا، وإنَّه ممَّا يوجد لازمًا وغير لازمٍ.

فالعقد علىٰ أحد الوصفين لا يكون لمعنىٰ زائدٍ أثبت الوصف؛ بل لأنَّ العاقد لم يوجب ذلك الوصف، ولم يأت بشرط[٣] اللُّزوم، ولأنَّ الخيار كان للعاقد في أصل المباشرة، وإلزام الحكم جميعًا، فاستثنىٰ أحد الخيارين [لنفسه][٤] ليبقىٰ علىٰ ما كان، لا يكون بإيجاب الغير له ذلك.

كما إذا باع العبد إلَّا نصفه، فالنِّصف لا يبقىٰ بإيجاب المشتري؛ بل لأنَّه لم يبعه إلَّا النِّصف.

والجواب عن الثَّاني: أنَّ أصل البيع ملزمٌ[٥]؛ ولكن باستثناء الخيار لنفسه

---

[١] «ص» (للزوم).

[٢] في حاشية «أ» (يرفع).

[٣] «أ» (بشروط)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ»، و«ن»، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٥] «أ» (ملزوم)، والمثبت من «ن» و«ص».

بقي[1] اللُّزوم عنه.

ثمَّ الفسخ تصرُّف مبتدأٌ بحكم أنَّه غير لازمٌ؛ كعزل الوكيل وحجرْ العبد المأذون يوجد منه قصدًا بناءً علىٰ أنَّه غير لازمٍ إيَّاه، لا أن يمتنع عن لزومٍ بغير التزام، فإنَّ المدَّة متىٰ مضت ـ ولم يصحَّ الفسخ ـ لزمه البيع بالتزامه، وهو البيع الماضي منه، فإنَّه ملزمٌ بدون الخيار، ولا خيار بعد المدَّة.

فأمَّا نكاح الأمة، فلا يوجب عليها إلَّا ملكًا هو في حكم نصف ملك الحرَّة علىٰ ما عُرف، لا بشرطٍ مانعٍ؛ ولكن لأنَّ المحلَّ يعود إلىٰ النِّصف حكمًا بالرِّقِّ، وبالعتق يعود إلىٰ الكمال، فيزداد الملك حكمًا بوجود ما أوجب التَّكميل[2] من العتق، لا بزوال المانع؛ ليكون اللُّزوم مضافًا إلىٰ أصل النِّكاح النَّافذ[3] بولاية، فلا يطلب رضاها؛ بل أُضيف إلىٰ العتق.

فتصير تلك الزِّيادة في حكم نكاح مبتدإٍ لمَّا لم يضف إلىٰ الموجود من النِّكاح، فكان لها أن لا تلتزم، وتصير بذلك دافعةً عن نفسها حكمًا لم يوجد منها ولا من وليِّها مباشرة سبب الإلزام[4]، فكان لها ذلك وإن أدَّىٰ إلىٰ رفع حقِّ الغير[5]؛ كالعبد يقرُّ بالقصاص فينفذ، وإن كان الاستيفاء يبطل حقَّ المولىٰ؛ لأنَّه لا حقَّ له في[6] نفسه ابتداءً.

---

[1] كذا في الأصول، ولعلها: (ونفىٰ).

[2] «أ» (التمليك)، والمثبت من «ن» و«ص».

[3] «ص» (التام ليكون اللزوم ومضافا).

[4] «ص» (بسبب الالتزام).

[5] «أ» «ن» (دفع غير العبد)، والمثبت من «ص».

[6] «أ» «ن» (لا في حقِّ)، والمثبت من «ص».

|٩٨١| مسألةٌ: رجلان اشتريا عبدًا علىٰ أنَّهما بالخيار ثلاثة أيَّامٍ، أو اشترياه ولم يرياه، أو وجدا به عيبًا فتفرَّد أحدهما بالرَّدِّ = لم يصحَّ عند أبي حنيفة.

وعندهم جميعًا: يصحُّ.

لأنَّ خيار الرَّدِّ لكلِّ واحدٍ منهما ما ثبت إلَّا في النِّصف[١]، فيملك ردَّه؛ كما إذا اشترىٰ عبدًا علىٰ أنَّه بالخيار في نصفه، فإنَّه يملك ردَّ النِّصف وحده.

وهذا لأنَّ الرَّدَّ بهذه الخيارات ردٌّ لما اشترىٰ فلا[٢] يملك به ردَّ ما لم يشتر، وكلُّ واحدٍ منهما ما اشترىٰ إلَّا النِّصف فيملك ردَّه كذلك، ولم يشترط ﷺ من[٣] عيبٍ ليس هو بثابتٍ فيما اشترىٰ، والشَّركة التي يقولها أبو حنيفة غير ثابتةٍ فيما اشترىٰ هو، فإنَّه يردُّ كلَّ ما اشترىٰ بلا شريكٍ، وإنَّما الشَّركة متحقِّقةٌ في العبد، وأنَّه ما اشتراه.

وكذلك قول أبي حنيفة: إنَّ فيه تفريق الصَّفقة علىٰ البائع قبل التَّمام؛ لأنَّ الملك لم يثبت للمشتري قطُّ في الكلِّ جملةً حتَّىٰ ينهي عن تفريقه[٤]؛ بل وقع في النِّصف، وإنَّه حقٌّ ثبت له فيما اشترىٰ فيراعي جانبه[٥]، لا غير، بخلاف ما إذا باع من اثنين، فقبل أحدهما لم يلزمه.

وكذلك إذا نقد أحدهما حصَّته من الثَّمن لم يملك المطالبة بقبض النِّصف؛

---

[١] في حاشية «أ» (لا غير).

[٢] «ص» «ن» (لا).

[٣] «ص» «ن» (عن).

[٤] «أ» (تفرقه)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٥] «أ» (فيبرأ عن جانبه)، والمثبت من حاشيتها و«ن» و«ص».

لأنَّ القبول يلاقي إيجاب البائع وملكه، وإنَّه مجتمعٌ، فلا يملك التَّفريق عليه، والقبض يلاقي يد البائع، فلا يملك التَّفريق عليه، فكان المراعىٰ [فيه][١] جانب البائع.

[وكان][٢] سبيله سبيل رجلٍ باع داره من رجلين، فأراد الشَّفيع أخذ نصيب أحدهما من يدي البائع لم يكن [له][٣] ذلك، وإذا أراد من المشتري فله ذلك.

ولأبي حنيفة: أنَّه لو ردَّ النِّصف لردَّ علىٰ البائع معيبًا بعيبٍ زائدٍ؛ لأنَّه يردُّ عليه مشتركًا، وكان عند البائع غير مشتركٍ، والشَّركة عيبٌ.

ألا ترىٰ لو كان وحده فأراد ردَّ النِّصف لم يمكَّن منه، أو[٤] قبل أحدهما دون الآخر عند خطاب البيع لم يصحّ؛ لإيجاب عيب الشَّركة.

ولا إشكال في أنَّ الشرَّكة عيب، وإنَّما الإشكال فيما قالا: إنَّ المعتبر جانب المشتري في هذه الخيارات.

والجواب عنه: أنَّ المعتبر جانب البائع مع جانبه؛ لأنَّ الرَّدَّ علىٰ البائع إعادةٌ إليه، فكما يلزمه أن يردَّ ـ كما اشترىٰ بلا عيبٍ [زائدٍ][٥] ـ لزمه أن يعيده[٦] إلىٰ البائع؛ كما أخرجه[٧] البائع بلا عيبٍ زائدٍ، والبائع أخرج جملةً بلا شركةٍ، بل

[١] ما بين [ ] ليس في «ن»، «ص».
[٢] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».
[٣] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ص»، «ن».
[٤] في حاشية «أ» (ولو).
[٥] ما بين [ ] ليس في «ص».
[٦] «ن» (لزم)، والمثبت من «ص».
[٧] «أ» «ن» (أخرج)، والمثبت من «ص».

المعتبر جانب البائع ؛ لأنَّ العيب يمنع الرَّدَّ لحقِّ البائع ، فيراعىٰ جانبه ، وما يلزمه من عيب بالرَّدِّ لم يكن قبل البيع .

بخلاف الشَّفيع ؛ لأنَّ الشَّفيع يأخذ لنفسه ، ولا يتَّصل بالبائع عيب شركة[١] بأخذه النِّصف ؛ إلَّا أن يأخذ من يدي البائع ، فيعتبر حينئذ مانعًا .

❊ فإن قيل: هذه شركةٌ أوجبها البائع بإيجاب البيع لهما ، فالحكم في المبيع[٢] مضافٌ إلىٰ البائع ؛ لأنَّ المبيع[٣] ملكه .

ألا ترىٰ أنَّه لو زوَّج أمته ، ثمَّ باعها من الزَّوج قبل الدُّخول بها سقط المهر ؛ لأنَّه هو الذي أثبت الفرقة بإيجاب الملك له ؛ ولأنَّ الشَّركة تجب قبل القبض ـ لا بالمشتري ـ ليصير مضافًا إليه ، فيكون محسوبًا علىٰ البائع ، فلا يمتنع الرَّد بسببها بهذين الوجهين .

❊ قلنا: أمَّا الإيجاب من البائع ، فلم يكن علىٰ نفسه ؛ لأنَّ الملك بهذا الخطاب لا يزول عنه إلَّا جملةً ، فإنَّه إذا قبل أحدهما دون الآخر لم يزل الملك والرِّضا بالعيب[٤] علىٰ غيره لا يكون رضًا علىٰ نفسه ؛ كما لو عيَّب المبيع بعد القبض ، فإنَّ الرَّدَّ يمتنع علىٰ المشتري [به][٥] ـ وإن وجد من البائع ـ ؛ لأنَّه حصل علىٰ المشتري .

ولأنَّ سائر العيوب ممَّا لا يرتفع بردِّ المبيع جملةً ، فإذا حصلت قبل القبض ،

---

[١] «أ» (مشترك) ، والمثبت من حاشيتها و«ن» و«ص» .
[٢] «ن» (المعيب) .
[٣] «أ» (البيع) ، والمثبت من «ن» و«ص» .
[٤] «ص» (بالملك) .
[٥] ما بين [ ] ليس في «ن» .

أو بفعل البائع قبل القبض حتَّىٰ صارت محسوبةً من البائع= فهي ـ وإن حصلت في ملك المشتري ـ كانت[1] بمنزلة الحاصل في ملك البائع ؛ لأنَّه لا يرتفع بالرَّدِّ علىٰ البائع ، وهذه الشَّركة ترتفع بالرَّدِّ عليه جملةً ، فلم يتضمَّن حصولها في ضمان البائع أو بفعله رضا بالحصول عليه في ملكه .

❁ فإن قيل: إنَّ الواحد منهما لا يملك الرَّدَّ بهذا[2] الخيار إلَّا بصفةٍ ، وذلك يوجب الشَّركة في ملك البائع ، فيصير راضيًا ؛ كما إذا باع علىٰ أنَّه بالخيار في نصفه .

❁ قلنا: هذا رضًى ثبت مقتضى ما أوجب ، والمقتضى لا يثبت إلَّا ضرورةً ، وليس فيما أوجب ضرورة التَّفرُّق عليه ؛ لجواز أن يجتمعا علىٰ الرَّدِّ عليه .

فأمَّا إذا اشترط الخيار في النِّصف ، فكان من ضرورته التَّفرق ؛ لأنَّ العقد في النِّصف لازم ، وفي النِّصف غير لازمٍ ، ولا يثبت لهذا حقُّ الرَّد في النِّصف ، فلمَّا أوجب التَّفرق ضرورةً ثبت الرِّضىٰ بالتَّفرق مقتضىٰ .

فهما رجَّحا جانب المشتري ، فالخيار حقُّه ، وهو بنفسه لا يملك بهذا الخيار إلَّا ردَّ ما اشترىٰ ، وما اشترىٰ إلَّا النِّصف .

وأبو حنيفة رجَّح جانب البائع ؛ لأنَّ الرَّد يعيد إليه قديم ملكه ، فلا يملك إلَّا كما خرج عن ملكه ، وكان جانب البائع أولىٰ بالعبرة ؛ لأنَّ ضرر الشَّركة يلزمه بقصد المشتري ، وما يلزم المشتري من المضرَّة[3] إذا لم يملك يلزمه بعجزه عن

---

[1] «أ» «ن» (كان) ، والمثبت من «ص» .

[2] «أ» (بهذه) ، والمثبت من «ن» و«ص» .

[3] «ص» وحاشية «أ» (الضرر) .

التَّصرُّف لفقد[١] شرطه، لا بقصد البائع، والله سبحانه أعلم.

|٩٨٢| مسألةٌ: إذا اشترىٰ شيئًا علىٰ أنَّه بالخيار إلىٰ غدٍ ثبت الخيار في غدٍ عند أبي حنيفة.

وعندهما: لا يثبت.

لأنَّ غدًا جُعل غاية لمدَّة[٢] الخيار، فلا يدخل تحت الجملة إلَّا بدليلٍ.

لأنَّ الأصل أنَّ الحدَّ لا يدخل في المحدود، ولهذا سمِّي حدًّا؛ لأنَّه مانعٌ، وسمِّيت غايةً ونهايةً؛ لأنَّ الحكم ينتهي إليها[٣]، فلا يبقىٰ.

دلَّ عليه: الصَّوم إلىٰ اللَّيل فلم يدخل اللَّيل فيه، والأكل إلىٰ الفجر فلم يدخل الفجر تحت الإباحة [فيه][٤]، والبيع إلىٰ أرض كذا، لا يصير الحدُّ مبيعًا.

ولهذا قلنا ـ فمن[٥] طلَّق امرأته من واحدةٍ إلىٰ ثلاثٍ أنَّ الثَّالثة لا تقع، وإذا أقرَّ فقال: لفلانٍ عليَّ درهم[٦] إلىٰ عشرةٍ، لم يلزمه العاشر؛ لأنَّه غايةٌ للإقرار.

وكذلك إذا آجر داره إلىٰ رمضان، أو [باع][٧] بأجلٍ إلىٰ رمضان، أو حلف

---

[١] «ن» (لعقد)، «ص» (بعقد).

[٢] كلمة غير واضحة في حاشية «أ»، ولعلها: (لهذا).

[٣] «أ» «ن» (إليه)، والمثبت من «ص».

[٤] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».

[٥] «أ» «ن» (من)، والمثبت من «ص».

[٦] «ص» (دراهم).

[٧] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص»

أن لا يأكل[١] إلىٰ رمضان= لم يدخل رمضان تحت الجملة؛ لأنَّه غايةٌ.

ولهذا قال زفر: إنَّ المرافق لا يجب غسلها في الوضوء؛ لأنَّها غايةٌ، وإذا قال لامرأته: «أنت طالقٌ من واحدةٍ إلىٰ ثلاثٍ» لم تطلَّق إلَّا واحدةً عنده؛ لأنَّ الأوَّل والثَّالث غايتان؛ كالبيع من أرض كذا إلىٰ أرض كذا، فإنَّ الأرضيْن لا تدخلان[٢] تحت البيع.

ولا تلزم مسائل زفر:

أمَّا المرافق فدخلت تحت الجملة بدليل السُّنة، فإنَّ النَّبي ﷺ ـ حين علَّم الوضوء ـ الذي لا يقبل الله الصَّلاة إلَّا به ـ غسَل المرافق(٣)[٤].

وأمَّا الطَّلاق الأوَّل، فإنَّما وقع وإن كان غايةً بدليلٍ: وهو أنَّه أوقع ما بين الأولىٰ والثَّالثة[٥] بنصِّه فيكون ثانيةً، والثَّانية علىٰ حقيقتها ثانيةً لا تتصور إلَّا بالأولىٰ، فالعمل بحقيقة الثَّانية اقتضىٰ دخول الغاية الأولىٰ؛ لتصير هي ثانيةً ولم

---

[١] «ص» (يكلمه)، وفي حاشية «أ» (يكلم).

[٢] «ن» (تدخل).

(٣) كما في الحديث الذي رواه البخاري (١٥٩)، ومسلم (٢٢٦) عن حمران مولىٰ عثمان ـ واللفظ لمسلم ـ: أن عثمان بن عفان رضي الله عنه دعا بوضوء فتوضأ فغسل كفيه ثلاث مرات، ثم مضمض واستنثر، ثم غسل وجهه ثلاث مرات، ثم غسل يده اليمنىٰ إلىٰ المرفق ثلاث مرات، ثم غسل يده اليسرىٰ مثل ذلك، ثم مسح رأسه، ثم غسل رجله اليمنىٰ إلىٰ الكعبين ثلاث مرات، ثم غسل اليسرىٰ مثل ذلك». ثم قال: «رأيت رسول الله ﷺ توضأ نحو وضوئي هذا» ثم قال رسول الله ﷺ: «من توضأ نحو وضوئي هذا ثم قام فركع ركعتين لا يحدث فيهما نفسه غفر له ما تقدم من ذنبه».

[٤] في حاشية «أ» تعليق يظهر منه: (هكذا.. الوضوء).

[٥] «ص» (والثانية).

يقتض دخول الغاية الأخرىٰ؛ لأنَّ الثَّانية ثانية بلا ثالثة، فعملنا بالغاية الأخرىٰ علىٰ حقيقتها، وبالغاية الأولىٰ علىٰ مجازها عملًا بحقيقة الثَّانية؛ لأنَّها هي الواقعة، والحكم المطلوب بهذا الإيجاب، فكان أصلًا، فكان طلب حقيقته أوْلىٰ من طلب حقيقة الغاية.

وبخلاف ما إذا قال: «أنت طالقٌ ثانيةً»، فإنَّها تقع واحدة؛ لأنَّ الثَّانية تلغو، ولم يمكن إثباتها بالواحدة قبلها؛ لأنَّه لم يجر لها ذكر يحتمل الثُّبوت، والطَّلاق لا يثبت إلَّا بلفظٍ، وقد جرىٰ في مسألة الغاية ما يحتمل؛ لأنَّ الغاية قد تدخل في الجملة إذا قام دليلها[١].

ألا ترىٰ أنَّ رجلًا لو قال لآخر: «كلْ من هذا الطَّعام إلىٰ عشر لقماتٍ»، كان له أن يأكل اللُّقمة العاشرة، وإذا قال: «اشتر لي عبدًا إلىٰ ألف درهم»، دخلت الألف.

وكذلك الكفالة عن رجلٍ إلىٰ ألفٍ؛ لأنَّ دلالة الحال دلَّت عليه، فإنَّ الإنسان لا يكفل بألف درهم إلَّا وهو راضٍ بتمامها، وكذلك الشِّراء، وكذلك إباحة الطَّعام قلَّما يجري الضِّنُّ فيه بلقمةٍ منه[٢].

فأمَّا الطَّلاق فدلالة الحال تمنع الدُّخول؛ لأنَّ الرَّجل يحترز عن الثَّالثة أشدَّ الاحتراز، وكذلك الإقرار؛ لأنَّه إخبارٌ، فتبتني صحَّته علىٰ ثبوت المخبر عنه، وثبوت تسعة لا يدلُّ علىٰ ثبوت العاشرة ليدخل تحته بدلالة الحال، فبقي الأمر علىٰ ظاهره، فهذا أصل مستمرٌّ علىٰ أصلهما.

---

[١] «أ» «ن» (دليله)، والمثبت من «ص».

[٢] «ص» (قلما يضن بلقمة منه).

وعلىٰ أصل زفر: بظاهر[١] الغاية.

وأمَّا أبو حنيفة فإنَّه سلَّم هذا الأصل في الممدودات[٢]، فأمَّا في المعدودات، فقال: إنَّ الغاية تدخل في الجملة فتطلق ثلاثًا في مسألة الطَّلاق، ويلزمه عشرة دراهم في مسألة الإقرار بالدَّراهم إلىٰ عشرةٍ، وذهب إلىٰ أنَّ الغاية لا بدَّ من وجودها في نفسها لتثبت غاية، والمعدودات ممَّا يدخل تحت الإيجاب من طلاقٍ، أو درهم[٣] في الذِّمَّة لا يصير موجودًا ثابتًا[٤] إلَّا بعد الدُّخول تحت الإيقاع والإقرار.

فأمَّا الممدود إلىٰ أرضٍ أو زمانٍ ذكره، فيصير ذلك المسمَّىٰ موجودًا بنفسه دخل تحت الوجوب[٥] أم لا؟ فلا يدخل عملًا بظاهر الغاية إلَّا أنَّه قال - في الخيار إلىٰ غدٍ -: إنَّ غدًا نهايةٌ[٦] لسقوط الخيار عمَّا وراءه؛ بدليل[٧] أنَّه لو قال: «علىٰ أنِّي بالخيار» ثبت الخيار أبدًا؛ بدلالة أن البيع لا يعمل عمله لبقاء الخيار؛ بدليل أنَّه متىٰ أسقط [الخيار][٨] في الثَّلاث، وعندهما بعد طول المدة= عمل البيع عمله، فعُلم أنَّه امتنع للمانع لا للفساد في نفسه؛ فإذا قال: «إلىٰ غد» سقط ما وراءه.

[١] «ص» (فظاهر).
[٢] «ص» (المحدودات).
[٣] «ص» (دراهم).
[٤] «ص» (تاما).
[٥] «ص» (الإيجاب).
[٦] «ص» (غاية).
[٧] في حاشية «أ» (بدلالة).
[٨] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص»

ولهذا[١] يجب غسل المرافق في الوضوء؛ لأنَّ اليد اسمٌ للجميع إلىٰ الإبط، فسقط بالغاية حكم الغسل، فلم تدخل تحت السُّقوط؛ كالخيار.

وأمَّا الأجل إلىٰ رمضان فللإيجاب؛ بدلالة أنَّه لو قال: «بعتك[٢] بأجلٍ»، ما ثبت الأجل، فإنَّه شرع لتأخير المطالبة، وهذا بيع فاسد في نفسه لا يوجب مطالبة ليؤخرها[٣] الأجل.

ألا ترىٰ أنَّ من له الأجل لو أسقطه لم تثبت المطالبة، وإنَّما يجب نفس الشَّرط أجلًا شرعًا بالتَّوقيت، فلا تدخل الغاية تحت الثُّبوت.

وكذلك إجارة الدَّار إلىٰ رمضان؛ لأنَّها لبيع المنافع، فمطلقها لا يتناول إلَّا المنافع الرَّاهنة. ولا تصحُّ؛ لأنَّها لا تبقىٰ[٤] ولا تعلم، وإنَّما يدخل ما يحدث في الأزمنة بالتَّوقيت، فلا تدخل الغاية تحت البيع.

وأمَّا الحلف إلىٰ رمضان، فقد روىٰ **الحسن بن زياد** عن **أبي حنيفة**: أنَّ رمضان يدخل تحت اليمين، ولا يخرج الجواب إلَّا علىٰ هذه الرِّواية.

ومذهبهما أوضح: لأنَّ قوله: «إلىٰ غدٍ» قرن بالخيار، فصار إمدادًا للخيار إليه، وكذلك المرفق قرن بالغسل، والكلام إذا قرن به غاية أو استثناء أو شرط لا يعتبر بالمفصول عن القيد. ثمَّ التَّعيين[٥] بالقيد عن حال الإطلاق بل يعتبر مع القيد جملةً واحدةً ـ علىٰ ما بيَّنا في مسألة الرِّبا ومسألة تعليق الطَّلاق بالشَّرط ـ.

---

[١] في حاشية «أ» (قال).

[٢] كلمة غير واضحة في حاشية «أ».

[٣] «أ» (لمؤخرها)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٤] «ن» (تبعا).

[٥] «أ» (التغير)، ولم تضبط في «ن»، والمثبت من «ص».

ومتىٰ جعل كلامًا واحدًا كان للإيجاب إلىٰ غدٍ، لا للإيجاب والإسقاط؛ فإنَّهما ضدَّان، فلا يثبتان إلَّا بنصَّين، والنَّص مع الغاية نصٌّ واحدٌ؛ ولأنَّ مسألة اليمين لازمة علىٰ طريق أبي حنيفة، والاعتماد علىٰ رواية الأصل دون رواية الحسن.

[٩٨٣] مسألةٌ: إذا اشترىٰ أمةً علىٰ أنَّه بالخيار ثلاثة أيَّامٍ، فنظرت الأمة إلىٰ فرج الرَّجل[١] بشهوةٍ[٢] سقط الخيار عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمَّد: لا يسقط، وكذلك المطلقة إذا فعلت ذلك تثبت الرَّجعة عندهما.

وقال محمَّد: لا تثبت.

وجه قول محمَّد ظاهر، وهو: أنَّ من له الخيار لم يصنع شيئًا، فلا يصير مختارًا؛ لأنَّ الاختيار[٣] عبارة عن نوع فعل منه؛ ولأنَّ المرأة ليس إليها رجعةٌ، ولا إسقاط الخيار، فلا يكون نظرها اختيارًا، ولا رجعة؛ قياسًا علىٰ نظر الأجنبيَّة.

بخلاف نظر الرَّجل؛ لأنَّ الخيار إليه، والنَّظر إلىٰ الفرج بشهوة لا يحلُّ بحالٍ إلَّا عن ملكٍ، فيدلُّ ذلك علىٰ اختيار الملك، واختيار الملك إليه، فيثبت بالدَّلالة؛ كما لو صرَّح بالاختيار، ولم يثبت بنظرها؛ كما لو صرَّحت بالاختيار.

ولهما: ما احتجَّ [به][٤] في الكتاب، وهو: أنَّ هذا النَّظر ممَّا يوجب حرمة

[١] «ص» (المشتري).
[٢] «ن» (لشهوة).
[٣] «أ» (الخيار)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص»

المصاهرة بينهما، فيسقط خيار الشَّرط[١] ويوجب الرَّجعة.

ألا ترىٰ أنَّ نظره إليها أوجب ذلك لهذا المعنىٰ، وكذلك الوطء، فإنَّها لو استدخلت آلة الرَّجل ـ والرَّجل نائمٌ ـ ثبت بها الرَّجعة، وسقط الخيار، فكذلك هذا، وهذا لضربَيْ فقه:

أحدهما: أنَّ ثبوت حرمة المصاهرة ممَّا يقلِّل رغائب المحارم فيها، فيكون بمنزلة العيب.

ألا ترىٰ [أنَّه][٢] لو كان اشتراها من أبيه ثمَّ ردَّها بخيار الشَّرط ردَّها، وهي محرَّمةٌ علىٰ الأب، فلا يكون عيبًا أعظم منه، والعيب ممَّا يسقط خيار الشَّرط، فيكون السُّقوط بالعيب لا بدلالة الاختيار، وهذا لا يوجد في الرَّجعة، وعلىٰ هذا أسئلة ذكرناها، فيمن اشترىٰ جارية ثيِّبًا فوطئها ثمَّ[٣] أراد ردَّها بعيب كان.

والضَّرب الآخر: يعمهما؛ وهو: أنَّ الشَّرع عظَّم[٤] حرمة هذا العضو حتَّىٰ التحق النَّظر إلىٰ عين الفرج بالوطء في إيجاب حرمة المصاهرة؛ وكما التحق الوطء الذي هو استيفاء منفعةٍ علىٰ الحقيقة بأخذ جزءٍ منها[٥] في إيجاب ضمان المال حتَّىٰ كان للعقر[٦] حكم الأروش التي تجب التي تجب بدلًا عن الأجزاء الفائتة بالجناية، لا حكم الكسب، والعلَّة الخارجة عن منفعة، وكان العقد علىٰ

[١] في حاشية «أ» (النظر).

[٢] ما بين [ ] ليس في «ن».

[٣] زاد في حاشية «أ»: (إذا).

[٤] «أ» (أن أعظم)، «ن» (أن عظم).

[٥] «ص» (بأحد حرمتها).

[٦] «ص» (البضع).

البضع بمنزلة العقد على العين، وهو النِّكاح على ما مرَّ البيان في كتاب النِّكاح ولما التحق النظر إلى ذلك الموضع بالوطء تثبت به حرمة المصاهرة من أيهما وجد كما بحقيقة الوطء على ما قال محمَّد، فتثبت به رجعة المطلقة، ويسقط خيار الشَّرط، وصار بمنزلة العيب أيضًا. فإن الوطء عيب.

ولأنه لما صار في حكم الوطء، والوطء لا يتصور بدون الرجل. فإنه لا يحل إلا في الملك، ثبت الاختيار حكمًا حتَّى يصير الوطء بحكم[1] الملك ـ وإن عدم قصده ـ؛ كما لو وطئها على تقدير أنها امرأته وجدها على[2] فراشِ منكوحةٍ[3] غير مطلقة، والله أعلم.

[٩٨٤] **مسألةٌ**: إذا اشترى عبدًا على أنه بالخيار إلى ثلاثة أيام، فقبضه، ثم قتله البائع في المدة= سقط الخيار عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمَّد: لا يسقط.

لأن تغير[4] المبيع بمنزلة العيب، وإنما سقط الخيار بالعيب لضرر يلحق البائع، حتَّى لو ارتفع في المدة ملك صاحب الخيار ردَّه، والبائع ههنا هو الذي عيَّب، فصار راضيًا به، ولمَّا رضي لم يسقط به الخيار، ومع الخيار لا يتمُّ العقد، فيتحوَّل إلى القيمة.

[١] «ص» (كحكم).
[٢] «أ» (وحدها في)، «ن» (وجده في)، والمثبت من «ص».
[٣] «ص» (منكوحته).
[٤] «ص» وحاشية «أ» (تعين).

كما لو قتل[١] المبيع قبل القبض، ووجبت القيمة، وإذا تحوَّل إليها صحَّ الرَّد بالخيار، إلَّا أنَّه يقول: التَّغير بعد القبض مسقط للخيار؛ كما لو تغيَّر بنفسه، أو قتله أجنبيٌّ، وقد وجد التَّغير.

وقولهما: «إنَّ البائع راضٍ بهذا التَّغير بحكم المباشرة»، فكذلك؛ ولكن رضيا على المشتري؛ لأنَّ التَّغير حكمه أن يلزم المشتري، فيكون التَّغير[٢] رضا بلزوم المشتري لا إيَّاه، والله أعلم.

[١] «ص» (قبل).

[٢] «ن» (التغيير).

فَصْــلٌ
في خيارٍ هو غير ثابتٍ عندنا

|٩٨٥| مسألةٌ[١]: قال علماؤنا: لا يثبت في البيع خيار المجلس.

وقال الشَّافعي: يثبت. وله قولان في الملك؛ كما في خيار الشَّرط(٢).

لما رُوي عن النَّبي ﷺ أنَّه قال[٣]: «المتبايعان بالخيار ما لم يتفرَّقا»(٤)، وإنَّه اسمٌ مشتقٌّ من البيع، ولا يتسمَّيان به إلَّا بعد المباشرة، وفي رواية «المتبايعان كلُّ واحدٍ منهما بالخيار ما لم يتفرَّقا» وفي رواية «إلَّا بيع خيار»، يعني: خيار الشَّرط، فإنَّه لا يتوقَّت[٥] بالمجلس.

والمعنى فيه: أنَّ عقد البيع عقد تجارة يطلب بها الرِّبح، وإنَّه يتعذَّر تحقيقه للعاقدين جميعاً، فبنى[٦] الشَّرع جوازه على التَّراضي، وانبرامه[٧] على استيفاء

---

[١] الترجمة ليست في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

(٢) للشافعي في مسألة ملكَ المبيع في زمان الخيار ثلاثة أقوال: الأول: أن الملك في المبيع للمشتري، وهو الصحيح. والثاني: أن المِلكَ فيه للبائع. والثالث: أن الملك موقوف. انظر: «منهاج الطالبين» (١٠٠)، و«مغني المحتاج» (٢/٤٢٢)، و«نهاية المطلب» (٥/٤٠).

[٣] «ص» زيادة (في المتبايعين).

(٤) رواه البخاري (٢٠٧٩)، ومسلم (١٥٣٢)، من حديث حكيم بن حزام ﵁، عن النبي ﷺ قال: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما، وإن كذبا وكتما محقت بركة بيعهما».

[٥] «ص» (يتوقف).

[٦] «أ» (فبين)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٧] «ص» (والتزامه).

النَّظر، وإنَّه لا يتمُّ بأوَّل الرُّؤية، فعلَّق الانبرام بنظرٍ في المجلس نفيًا للغبن، وتحصيلًا للتَّراضي؛ لأنَّ لساعات المجلس حكم ابتدائه[١] في صيانة مقاصد العقد.

ألا ترىٰ أنه [في][٢] باب السَّلم والصَّرف لما كانا دينًا بدين، وإنَّه مفسد ـ والقبض حكم العقد لا يتصوَّر إلَّا بعده ـ علق الجواز بقبض يوجد في المجلس صيانةً للمقصود به، وجعل الوجود في آخره؛ كالمقارن، والمقصود مرَّة يرتفع بالتَّمام، ومرَّة بالانفساخ، والمقصود هو صلاح المال، وربَّما يغبن فلا يتمُّ غرضه إلَّا بالفسخ، فلمَّا جعل ساعات المجلس كابتدائه في القبض الذي هو تمام الغرض المتعلِّق بالإمضاء= فكذلك جعلت في الخيار الذي كان قبل القبول الذي به تمام الغرض المتعلِّق بالفسخ، فبهذا يبقىٰ الغبن[٣]، وهو مقصود، وبالإمضاء يجلب الرِّبح، وهو مقصود.

بخلاف النِّكاح؛ لأنَّه شرع للازدواج والنَّسل، لا لربحٍ ماليٍّ أو ضدِّه، فلم يعلَّق الانبرام بنظر هو سبب لنفي الغبن، والوقوف علىٰ قدر القيم التي تخفىٰ علىٰ النَّاظر؛ بل علَّق بنفس المرأة[٤]، فمعنىٰ النَّسل واقتضاء الشَّهوة متعيِّن في العقد فائت في الرَّدِّ، فأمَّا المطلوب بالتِّجارة صلاح المال، وربَّما يكون في الإمضاء نقصان مال، ففي الرَّد حفظ من النُّقصان، فيكون صلاحنا في مقابلة الضَّرر.

---

[١] «أ» «ن» (حكمًا يبدأ به)، والمثبت من «ص».

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

[٣] «ص» (العين).

[٤] في حاشية «أ» (العقد).

[وعن ابن عمر(١): أنَّه كان إذا باع مشىٰ هنيهة[٢]، فدلَّ أنَّه كان يرىٰ خيار المجلس][٣].

ولعلمائنا: قول الله تعالىٰ: ﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ١].

وقوله عليه السلام: «المسلمون عند شروطهم»(٤).

---

(١) رواه البخاري (٢١٠٧)، ومسلم (١٥٣١) عن نافع أنه سمع عبد الله بن عمر، يقول: قال رسول الله ﷺ: «إذا تبايع المتبايعان بالبيع فكل واحد منهما بالخيار من بيعه ما لم يتفرقا، أو يكون بيعهما عن خيار، فإذا كان بيعهما عن خيار، فقد وجب»، زاد ابن أبي عمر في روايته: قال نافع: فكان إذا بايع رجلا، فأراد أن لا يقيله، قام فمشىٰ هنية، ثم رجع إليه.

[٢] في حاشية «أ» (بنيئة).

[٣] ما بين [ ] ليس في «ص».

(٤) رواه أبو داود (٣٥٩٤) من حديث أبي هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: «الصلح جائز بين المسلمين» زاد أحمد، «إلا صلحا أحل حراما، أو حرم حلالا» وزاد سليمان بن داود، وقال رسول الله ﷺ: «المسلمون علىٰ شروطهم».

ورواه الحاكم في «المستدرك» (٢٣٠٩) بلفظ: «المسلمون علىٰ شروطهم والصلح جائز بين المسلمين».

ثم قال الحاكم: «رواة هذا الحديث مدنيون ولم يخرجاه، وهذا أصل في الكتاب، وله شاهد من حديث عائشة وأنس بن مالك رضي الله عنهما»، ولم يصححه الذهبي.

قال عبد الحق في «الأحكام الوسطىٰ» (٣/٢٧٥): «هذا يرويه كثير بن زيد مولىٰ الأسلميين وهو ضعيف عندهم، وإن كان قد روىٰ عنه جلة، ويرويه عن الوليد بن الرباح ولا أعلم روىٰ عن الوليد إلا كثير بن زيد، وقد روي هذا الحديث من طرق مرسلًا عن عمر بن عبد العزيز وعطاء بن أبي رباح، وقد روي مسندًا من حديث عائشة وأنس ولفظه: «الْمُسْلِمُونَ عَلَىٰ شُرُوطِهِمْ مَا وَافَقَ الْحَقَّ»، وأسانيد هذا لا يحتج بها».

والحديث مروي ـ أيضا ـ عن عمرو بن عوف، ورافع بن خديج، وعبد الله بن عمر رضي الله عنهم، وأسانيده لا تخلو من مقال.

ورواه البخاري في «صحيحه» (٣/٩٢) معلقا بصيغة الجزم بقوله: «وقال النبي ﷺ: المسلمون عند شروطهم».

=

وقال عمر: «البيع صفقة أو خيار»(١)، والصَّفقة عند العرب عبارةٌ عن النَّافذة[٢] اللَّازمة، يقول العرب: «صفقة لم يشهدها خاطب»، مثلٌ يُتمثَّل [به][٣] في أمر أمضي دون رأي الرَّجل وأُفِيت[٤] عليه.

والمعنى في المسألة: أنَّ البيع عقد معاوضة، فيجب بنفسه ويلزم قياسًا على النِّكاح؛ وهذا لأنَّ الشَّرع نفى[٥] حكم العقد بالعوض حتَّى أوجب الملك بنفسه من غير قبض شرط فيه؛ بخلاف التَّمليك بلا عوض من صدقةٍ أو هبةٍ، ولأنَّه بعد المجلس أو سقوط خيار الشَّرط الموجب للملك هو العقد، فثبت أنَّ العقد نفسه شرع علة للملك، والعلَّة إذا ثبتت[٦] لم يتخلَّف عنها الحكم إلَّا بعارضٍ، ولا عارض فيه شرعًا[٧]، وإنَّه محسوسٌ[٨]، فمن ادَّعى عارضًا شرعيًّا احتاج إلى دليل[٩]، فإنَّ [دعوى][١٠] منع العلَّة عن العمل بعارض؛ كدعوى

= وانظر: «بيان الوهم» (٣/٥٢٦)، و«تنقيح التحقيق» لابن عبد الهادي (٤/٤١)، و«الجوهر النقي» (٧/٢٤٩)، و«البدر المنير» (٦/٥٥٢)، و«إرواء الغليل» (٥/١٤٢).

(١) رواه عبد الرزاق (١٤٢٧٤)، وابن أبي شيبة (٢٢٥٧٧) من طريق خالد بن محمد، عن شيخ من بني كنانة، قال: سمعت عمر، يقول: «إنما البيع عن صفقة، أو خيار»، ورواه البيهقي في «السنن الكبرى» (١٠٤٥٤)، و«معرفة السنن والآثار» (٨/٢١)، ثم نقل عن الشافعي أنه جامع لجميع ما ترد به الأحاديث، ففيه جهالة وانقطاع وغلط. وانظر: «نصب الراية» (٤/١).

[٢] «ص» (الناقدة).

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص»

[٤] «أ» «ن» (وأقنت)، والمثبت من «ص».

[٥] «ص» (قوى).

[٦] في «ص»، وحاشية «أ» (تمت).

[٧] «أ» «ن» (شرطا)، والمثبت من «ص».

[٨] «ص» (ظاهر).

[٩] «أ» «ن» (دلالة)، والمثبت من «ص».

[١٠] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص»

الخصوص على العموم.

فأمَّا الجواب عن[1] الخبر: أنَّ المراد به خيار الإقالة، بخلاف النِّكاح؛ بدليل أنَّه أضافه[2] إليهما، وإنَّما الإقالة المبتدأة تتعلَّق باختيارهما جميعًا، لا الرَّدَّ بخيار المجلس.

وأما الرِّواية الثَّانية فغريبة[3]، وإنَّه باب يعمُّ به البلوى، فلا يقبل فيه الغريب.

ألا ترى أنَّه قال في آخره: «ولا يفارق أحدهما صاحبه مخافة أن يستقيله»(٤)، ولم يقل: أن يردَّ عليه، وكذلك الصَّحابة اختلفوا.

ولم تجز المحاجَّة بهذا الحديث، فإنَّه لو جرى[5] لظهر، ولرجع عمر عن قوله.

أو نقول: لم يرو عن الصَّحابة خيار المجلس، وابن عمر يحتمل أنَّه كان

---

[1] في «ص» زيادة (احتجاجه)، والمثبت من «أ» و«ن».

[2] «أ» «ن» (أضاف)، والمثبت من «ص».

[3] «أ» «ن» (والرواية الثانية غريب)، والمثبت من «ص».

(٤) رواه أحمد (٦٧٢١)، والنسائي (٤٤٩٥)، وأبو داود (٣٤٥٦)، والترمذي (١٢٤٧)، والدارقطني (٢٩٩٨) من طريق ابن عَجْلان عن عمرو بن شُعَيب عن أبيه عن جده، أن النبي - ﷺ - قال: «البائع والمُبْتَاع بالخيَار حتى يتفرَّقا، إلَّا أن يكون صَفْقَةَ خيَارٍ، ولا يحل له أن يفارقه خشية أن يَسْتَقِيلَه».

قال الترمذي (٣/٥٤٢): «هذا حديث حسن».

ورواه عن عمرو بن شعيب كل من ابن عجلان وبكير. وإسناد عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مختلف فيه بين المحدثين. وانظر: «نصب الراية» (٤/٢)، و«التلخيص الحبير» (٣/٥١)، و«إرواء الغليل» (٥/١٥٥).

[5] «ص» (جوزت).

يمشي احتياطًا حتَّىٰ لا يتأوَّل أحد ذلك الحديث فيردَّه[١] عليه.

أمَّا الجواب عن المعنىٰ: أنَّه لا يجوز اعتبار ما يتمُّ به العقد بما ينفسخ به العقد؛ لأنَّ العقد يعقد للتَّمام لا للفسخ، فنظر الشَّرع لنا بالمجلس لتمامه الذي هو حكمة[٢] المشروع[٣] فيه لا يدلُّ علىٰ ضدِّه؛ بل يدلُّ امتناع المفسد عن عمله بالمجلس علىٰ عمل المجوَّز عمله في المجلس.

وقولهم: «إنَّ الغرض صلاح المال، وذلك مرَّة بالتَّمام، ومرَّةً بالفسخ» ليس بشيء؛ لأنَّ البيع لما بُني علىٰ التَّراضي، والاختيار لم يلحق المغبون غبن إلَّا باختياره، فسقط اعتباره شرعًا فيما يكسب[٤] علىٰ نفسه.

ألا ترىٰ أنَّه إذا اكتسب معصية عوقب [عليه][٥]، ولم ينظر له بأن يقع هدرًا، وكذلك هذا.

ألا ترىٰ أنَّه لا يغبن إلَّا بجهله، والجهل ليس بعذر بعد البلوغ من العاقلين، فإنَّه هو الذي ترك سبب العلم مختارًا حين[٦] بقي جاهلًا، فكان الوبال عليه، وكذلك شرع النَّبي ﷺ الخيار ثلاثة أيَّام لنفي الغبن، فلمَّا تركه مختارًا كان الوبال عليه، فثبت أنَّ القياس في هذا الباب معنىٰ، وما قاله الخصم لا يثبت إلَّا شرعًا، والله أعلم.

---

[١] «أ» «ن» (فيرد)، والمثبت من «ص».

[٢] «ص» (حكمه).

[٣] «ن» (الشروع).

[٤] «ص» (يكتسب).

[٥] ما بين [ ] ليس في «ص».

[٦] في «ص» وحاشية «أ» (حتىٰ).

|٩٨٦| **مسألةٌ**: إذا أفلس المشتري لم يثبت خيار الفسخ للبائع.

وقال الشَّافعي: يثبت(١).

لما روي عن النَّبي ﷺ: **«إذا أفلس المشتري ووجد البائع متاعه عنده فهو أحقُّ به»**(٢).

ولأنَّ الثَّمن أحد عوضي البيع، فتعذُّر قبضه يوجب للعاقد خيار الفسخ؛ قياسًا علىٰ تعذر قبض المبيع من عين تضلُّ[٣]، أو بغصب، أو دين كالسَّلم ينقطع.

أو أنَّه قياسًا علىٰ العبد يعجز عن أداء الكتابة، وما عجز إلَّا عن [أداء][٤] ثمنه.

ألا ترىٰ أنَّ هلاك المبيع العين قبل القبض لما أوجب نقض البيع أوجب هلاك الثَّمن كذلك؛ نحو ما إذا اشترىٰ بفلوس، فكسدت، وليس فيما أنَّ الاستبدال[٥] بالثَّمن قبل القبض جائز ما يدلُّ علىٰ أنَّ قبضه ليس بشرط إقرار العقد، فإنَّ التَّصرف في العقار قبل القبض جائز عند أبي حنيفة، وتعذُّر قبضه يوجب خيار الفسخ، [والإبراء عن السَّلم جائز، وتعذُّر قبضه يوجب خيار الفسخ][٦]؛ وهذا لأنَّ التَّصرف يتضمن القبض؛ كإعتاق العبد قبل القبض.

---

(١) انظر: «الأم» للشافعي (٣/٢٠٣).

(٢) لم أقف عليه بهذا اللفظ، ورواه البخاري (٢٤٠٢)، ومسلم (١٥٥٩)، من حديث أبي هريرة ﷺ بلفظ: «من أدرك ماله بعينه عند رجل ــ أو إنسان ــ قد أفلس فهو أحق به من غيره».

[٣] لم يضبط الحرف الأول في «أ» «ن»، وفي «ص» (تصل). ولعل المثبت أنسب للمعنىٰ.

[٤] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».

[٥] «ص» (الاستدلال).

[٦] ما بين [ ] ليس في «ص».

والذي يدل عليه: أنَّ العقد عقد معاوضةٍ ومساواةٍ بينهما، فلمَّا ثبت لأحدهما خيار الفسخ بتعذُّر القبض، فكذا للآخر ليستويا.

ولأنَّ البيع تتعلَّق صحَّته وتمامه بمبيع ممكن التَّسليم والتَّعيين للعاقد، فكذلك يتعلَّق بثمن ممكن التَّسليم والتَّعيين للعاقد، ليستوي حكم العقد في العوضين؛ لأنَّه عقد معاوضة.

[ألا ترىٰ أنَّه في باب الصَّرف لمَّا أوجب قبض أحد البدلين ليصير عينًا بدين أوجب في الآخر ليستويا.

ولأنَّ المقصود من البيع الملك واليد؛ بل اليد ليستوفي الأغراض، واليد لا ترد إلَّا علىٰ عين، ولهذا كان للقبض مشابه بالعقد، فلمَّا استويا في جانب الملك، فكذلك في جانب اليد][1].

ألا ترىٰ أنَّ البائع يحبس المبيع حتَّىٰ يقبض الثَّمن ليساويه في التَّعيين، فعلم أنَّ تعين الثَّمن بالقبض موجب العقد؛ لأنَّ العقد إنَّما يوجب التَّسوية في موجباته؛ ولأنَّ اليد متىٰ تعذَّرت أوجبت[2] خللًا في المقصود بالعقد، فجرىٰ مجرىٰ العيب، ثمَّ القدرة[3] علىٰ [تسليم][4] [العين][5] [باليد عليها، والقدرة علىٰ][6] الدين بوصول اليد إلىٰ مثله، وبالإفلاس تبعد يده عن المثل؛ كما تبعد

[1] ما بين [ ] ليس في «ص».
[2] «أ» «ن» (تعذر أوجب)، والمثبت من «ص».
[3] «أ» (القدر)، والمثبت من «ن» و«ص».
[4] ما بين [ ] ليس في «ص».
[5] ما بين [ ] ليس «أ» «ن»، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».
[6] ما بين [ ] ليس «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

عن العين بالضَّلال.

ولهذا قلنا: إنَّ الكتابة الحالَّة باطلة؛ لأنَّ العبد عاجز عن الثَّمن؛ لأنَّا نتيقَّن حال الرِّق قبل الكتابة [بعدم الملك المطلق للتَّسليم، وبعد الكتابة][١] لا يقدر إلَّا بتكسب، ولا يمكنه التَّكسب إلَّا بمدة كما قلتم أنتم في بطلان السَّلم الحال لهذا المعنىٰ.

بخلاف الحرِّ؛ لأنَّا لا نتيقن[٢] بعجزه، والشُّروع في عقد الضَّمان دليلٌ علىٰ القدرة، أو يقدر بدخول المبيع في ملكه، والشَّرط قيام القدرة عند وجوب التَّسليم، لا[٣] قبله، والقدرة ثبتت بطريق الوصول إليه، وقدرة تسليم الدَّين بملك مثله، وطريق الملك بقيام[٤] الحريَّة، وإنَّه ثابتٌ للحرِّ غير ثابتٍ للعبد.

ولا يلزم حيث لا يجوز[٥] البيع حتَّىٰ يتعيَّن المبيع، وجوَّزنا الشِّراء بثمنٍ [غير عين؛ لأنَّا نجوز البيع سلمًا، والمبيع غير عين؛ ولأنَّ القياس أن لا يجوز إلَّا عينًا بعين، إلَّا أنَّا جوَّزنا الشِّراء بثمن غير][٦] عين توسعة علىٰ النَّاس في تقريرهم علىٰ اعتياد[٧] الشِّراء بثمن في الذِّمَّة ليساوي أجزاء الماليَّة من نقد واحدٍ، فلمَّا تركوا التَّعيين للتَّساوي أقرَّهم الشَّرع عليه تيسيرًا، فأمَّا القبض بعد ذلك فما فيه مساهلةٌ عادةً؛ بل مماكسةٌ وضيقٌ؛ كما في جانب المبيع.

---

[١] ما بين [ ] ليس في «ص».

[٢] «أ» «ن» (نبتغي)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٣] «ص» (لما)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٤] «أ» «ن» (قيام)، والمثبت من «ص».

[٥] في حاشية «أ» (لم نجوز)، «ص» (لم يجوز).

[٦] ما بين [ ] ليس في «ص».

[٧] «ص»، وحاشية «أ» (اعتبار).

ولعلمائنا: النُّصوص الموجبة للوفاء بالعقود.

وروي أنَّ معاذًا رضي الله عنه لحقه ديونٌ وأفلس، فباع رسول الله ﷺ متاعه في ديونه(١)، ولم يستفسر؛ هل فيها سلعةٌ لبائعٍ؟

وروىٰ أبو بكر الجصَّاص في شرح مختصر الطَّحاوي بإسناده عن أبي هريرة عن النَّبي ﷺ: «من باع بيعًا فوجده ـ وقد أفلس الرَّجل ـ فهو ماله بين غرمائه»(٢).

والفقه[٣] فيه: أن قدرة المشتري علىٰ تسليم الثَّمن حين وجوبه ليس بشرطٍ للجواز، ففواته لا يوجب خللًا فيه؛ كالقدرة بقيام ملك الثَّمن[٤] لمَّا لم يكن شرطًا فعدم الملك من بعدُ لا يوجب خللًا، وكذلك قيام قدرة المشتري بيده لما لم يكن شرطا، ففواتها ـ بأن جُنَّ[٥] أو مات ـ لا يوجب خللًا.

---

(١) رواه الدارقطني (٤٥٥١)، والحاكم في «المستدرك» (٢٣٦١)، والبيهقي في «السنن الكبرىٰ» (١١٢٦٠)، والطبراني في «الأوسط» (٦/١٠٥، برقم: ٥٩٣٩)، عن ابن كعب بن مالك، عن أبيه، أن رسول الله ﷺ: «حجر علىٰ معاذ ماله وباعه في دين كان عليه».

قال الحاكم: «هذا حديث صحيح علىٰ شرط الشيخين، ولم يخرجاه»، ووافقه الذهبي.

وقد رواه أبو داود في «المراسيل» (ص ١٣١).

قال البيهقي في «السنن الصغير» (٢/٢٩٣): «وخالفه عبد الرزاق فروىٰ عن معمر مرسلا دون ذكر أبيه فيه، ودون ذكر لفظ الحجر».

وقال عبد الحق: «المرسل أصح من المتصل». وقال ابن دقيق في «الإلمام» (٢/٥٢٣): «الْمَشْهُور فِيهِ الْإِرْسَال».

وانظر: «تنقيح التحقيق» لابن عبد الهادي (٤/١٣١)، و«البدر المنير» (٦/٦٤٥)، و«مجمع الزوائد» (٤/١٤٣)، و«التلخيص الحبير» (٣/٨٦).

(٢) شرح مختصر الطحاوي للجصاص (٣/١٦٨).

[٣] في حاشية «أ» (والمعنىٰ).

[٤] «أ» «ن» (اليمين)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٥] «أ» «ن» (حيَّ)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

والدَّليل عليه: أنَّ التَّسليم يجب في العقد بنفس الفراغ عن العقد، والقدرة إنَّما تكون بإصابة العين في ملكه؛ لأنَّ تسليم مال الغير بحقِّه[١] لا يتعذَّر[٢]؛ كما في جانب المبيع لا يوصف بالقدرة إلَّا بالعين في ملكه[٣]، حتَّىٰ إذا باع عبداً ليس في ملكه ثمَّ ملكه[٤]، فسلم= لم يجز.

وبالإجماع يجوز شراء المشتري حالًا، وإن لم يكن عنده الثَّمن[٥] مملوكًا، والملك ليس يقع بالفراغ عن البيع في الثَّمن، فيكون عاجزًا عند الوجوب؛ كالمكاتب.

وقولك: «يجوز أن يكون المشتري مالكًا» غير قويّ؛ فإنَّ الملك لا يثبت بجواز أن يملك بسببه ما لم يحدث السَّبب.

ولأنَّ العدم لو كان مفسدًا كان إذا تبيَّن الأمر بخلاف الظَّاهر فسد؛ كما في جانب المبيع إذا استُحقَّ؛ ولأنَّه إنَّما يشترط القدرة علىٰ تسليم[٦] ما وجب بالعقد، والثَّمن الواجب بالعقد لا يوصف بأن كان مقدور التَّسليم حين العقد ولم يكن موجودًا، ولهذا أبطلنا السَّلم الحال؛ لأنَّه بيع ما ليس في ملكه، فيكون عاجزًا، والقدرة علىٰ تسليم المبيع شرط لجواز البيع، والقدرة بالملك؛ كما في العين.

ولا يثبت الملك له بالسَّلم[٧]، وإنَّما يثبت عليه، فيبقىٰ عاجزًا حين وجوب

---

[١] «ص» (العين لحقه).

[٢] في حاشية «أ» (لا ينفرو).

[٣] «ص» (ولا بالعين وملكها).

[٤] «ن» (ملك).

[٥] «أ» «ن» (اليمين)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٦] «أ» «ن» (التسليم)، والمثبت من «ص».

[٧] «ص» (بالتسليم).

التَّسليم دون الملك ، كما يعجز في غير أوانه ، فلا يجوز إلَّا بمدة يتمكَّن[١] فيه من التَّمليك[٢] ليقوم مقام الملك بقدر الإمكان ؛ كما قلتم أنتم في الكتابة .

وإذا كانت القدرة علىٰ[٣] تسليم السَّلم شرطًا حين الوجوب والقدرة بإصابة مثله ، وبانقطاع الأوَّل عدمت الإصابة ، ذهبت قدرة مثله ، فيخيَّر العاقد لتغيُّر شرط عقده[٤] ؛ كالمبيع العينِ إذا ضلَّ عن اليد التي هي[٥] طريق قدرة تسليمه .

بخلاف المكاتب يعجز عن الأداء ، فإنَّ المولىٰ يخيَّر ؛ لأنَّ الملك موجب هذا العقد عند الأداء ، وبالعجز يفوت[٦] الأداء ، فيختلُّ أمر الملك الذي هو حكم العقد ، والخلل متىٰ وقع في موجب العقد أو شرطه جاز أن تتغيَّر به صفة العقد إلىٰ غير لزوم إذا كان عقداً يحتمل الفسخ والتَّغيير أصلًا ، فأمَّا إذا وقع في غير شرطه ولا حكمه فلا .

وكذلك إذا اشترىٰ بفلوسٍ وكسدت الفلوس ؛ لأنَّ الواجب بالعقد ملك ثمن ، وبالكساد تهلك الثَّمنية ، ويبقىٰ مثمَّنًا ، وإنَّهما غيران ، فيبطل العقد بفوات ملك الثَّمن[٧] قبل القبض ؛ كما إذا فات ملك المثمن[٨] ؛ لأنَّهما سواء في حقِّ الملك ، فإنَّ البيع يوجب ملكًا بملك معًا ، وإنَّما يفترقان في حقِّ اليد ، والقدرة

[١] «أ» «ن» (فيمكّن) ، والمثبت من «ص» .

[٢] «ن» (التملك) ، «ص» (الملك) .

[٣] «أ» «ن» (عن) ، والمثبت من «ص» ، في حاشية «أ» (علىٰ) .

[٤] «ن» (عقد) .

[٥] «أ» «ن» (الذي هو) ، والمثبت من «ص» .

[٦] «أ» «ن» (يعود) ، والمثبت من «ص» ، في حاشية «أ» (يفوت) .

[٧] «ص» (اليمين) .

[٨] «ص» ، «أ» (الثمن) .

على التَّسليم، على ما بيَّنا.

ويدلُّ عليه: أنَّ البائع إذا قبض حقَّه لم يقبض إلَّا مثله، حتَّى إذا تفاسخا العقدَ لم يلزمه ردُّ المقبوض، فإذا كان الثَّمن الأصلي بحيث لا يتصوَّر عليه اليد، ولا يتَّصف بالتَّسليم بحالٍ لم يكن الخلل الواقع في القبض واقعًا فيما وجب بالعقد؛ بل كان مقتصرًا على المثل الذي لم يجب بالعقد، والخلل فيما لم يجب بالعقد لا يوجب خيار الفسخ في العقد على ما قلنا.

بخلاف السَّلم إذا انقطع أوانه؛ لأنَّ المقبوض سلمًا في حكم عين الواجب بالسَّلم، حتَّى إذا تفاسخا لزمه ردُّ عينه، ولمَّا كان للمثل العين حكم الواجب بالعقد صار الخلل الواقع في القدرة على تسليمه في حكم الخلل الواقع في [قدرة][1] تسليم العين بأنْ ضلَّ.

❁ **فإن قيل**: والثَّمن عندنا إذا قُبض كان في حكم عين الواجب[2].

❁ **قلنا**: إذا ذكرنا الكلام على سبيل المدافعة ـ دون الإلزام ـ فيكفينا ذكر المذاهب[3]، ثمَّ الحجَّة: أنَّ المقبوض غير الواجب حقيقةً؛ لأنَّ الواجب دين، وهذا عين، وذلك في الذِّمَّة، وهذا في الكيس، وإنَّما جعل في حكم عين الواجب في باب السَّلم بخلاف الحقيقة؛ لأنَّ السَّلم لا يجوز الاستبدال[4] به قبل القبض، ومتى بقي غيره حكمًا لا يتصوَّر ملكه إلَّا بدلًا عنه.

---

[1] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

[2] «ص» زيادة (بالعقد).

[3] في حاشية «أ» (غير الحجة)، وفي «ص» (فكيف المذهب).

[4] «أ» «ص» (الاستدلال)، والمثبت من «ن».

فأمَّا الدُّيون التي يصحُّ الاستبدال[١] بها، فلا تضطرُّنا شرعًا إلىٰ أن نجعل العين في حكم الدَّين فنجوِّزه، كذلك غيره ومثله، وعلىٰ أنَّ انقطاع[٢] الأوان بخلاف الإفلاس، وإن سلَّمنا أنَّ السَّلم والثَّمن سواءٌ في حكم القبض.

لأنَّا متىٰ جعلنا المثل الذي يسلم من الموجود في العالم في حكم عين الواجب بالعقد= كان العجز عنه ببعده عن العالم، وذلك بانقطاع الأوان لا ببعده عن يده، فإنَّ الكينونة في يده لو كان سببًا للقدرة ـ التي هي شرط البيع ـ لما جاز إذا تمَّ العقد، وهو غير كائن في يده، ولا ملكه؛ كما في بيع العين، ولا وجب أيضًا إلَّا أن تكون تلك القدرة قائمة عند السَّبب الموجب ولن يتصوَّر فيما يجب بالعقد، وبالإفلاس لا ينعدم المثل عن العالم، وإنَّما يبعد عن يده، [فعلىٰ هذا ينبغي أن لا يفسخ السَّلم بإفلاس البائع ـ وإن عجز بالبعد عن يده ـ][٣]، ولا بموته مفلسًا.

وإذا جُعل الثَّمر[٤] رطبًا، وانقطع أوانه لم نجد له رواية. وإن قيل: لا يفسخ، فلِما ذكرنا أنَّ القدرة علىٰ تسليم الثَّمن ليست بشرط، بخلاف القدرة علىٰ تسليم المبيع، والسَّلم مبيعٌ؛ ولهذا لم نجوِّز السَّلم الحال؛ لأنَّ السَّلم مبيع، والقدرة علىٰ تسليم المبيع شرط حين وجود سبب التَّسليم.

ألا ترىٰ أنَّ السَّلم الحال في المنقطع لا يجوز لفوات القدرة؛ كما لا يجوز بيع عين[٥] لا يقدر علىٰ تسليمه، والقدرة علىٰ التَّسليم ليست بإصابة العين ـ ما

---

[١] «ص» (الاستدلال).

[٢] «ص» (غير مثله وعلىٰ انقطاع...).

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص»

[٤] «ص» (الثمن).

[٥] «أ» «ن» (بيعين)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

لم يكن ملكًا له ـ ، فإنَّه لو باع عبدًا ، ثمَّ ملكه ، فسلَّم= لم يجز ، فلا يكتفىٰ بقدرة التَّسليم فيما هو سلم بإصابة المثل في العالم ؛ بل بالإصابة في ملكه ؛ لأنَّ القدرة لا تثبت بالمثل في العالم ما لم يملكه ، فلم نجوِّز إلَّا بأجل ليخرج العقد من أن يكون موجبًا للتَّسليم عقيبه ، فلا يشترط لصحَّته قيام القدرة معه[١] ؛ كما قال الشَّافعي في السَّلم فيما ينقطع عن العالم ـ إذا أُسلم في[٢] غير حينه ـ لم يجز إلَّا بأجلٍ في[٣] حينه ليوجد العين عند وجوب التَّسليم ، فكذا جملته ؛ لأنَّ الملك شرط القدرة ؛ كالعين .

فإذا عرفتَ هذا خرجت الأجوبة عن قياسه علىٰ المبيع ، وبقي[٤] أنَّ المقصود هو الملك واليد جميعًا ، وإنَّه مسلَّمٌ له ؛ غير أنَّه لما لم يمكن إيجاب اليد في الثَّمن حكمًا بالعقد ـ لما ذكرنا من الأدلَّة ـ ، والعقد عقد معاوضةٍ ومساواةٍ = لم يجب علىٰ البائع إزالة يده إلىٰ يد المشتري حتَّىٰ يثبت في عوضه بقدر الممكن ، فيلزم المشتري إثبات اليد والتَّعيين بالمثل الذي ليس بواجب بالعقد[٥] ـ لأنَّ العقد إنَّما يوجب تسليم ما تناوله ـ ؛ ولكن بمقتضىٰ المساواة التي تثبت لهما بحكم العقد ، وبحكم تلك المساواة تأخَّر حقُّه في اليد في جانب المبيع .

ولمَّا كان حبس البائع المبيع إلىٰ أن يقبض الثَّمن غيرَ مستحقٍّ له بنفس العقد ؛ بل بواسطة ثبوت المساواة= بقي له حقُّ إبقاء يده إلىٰ أن يتعيَّن الآخر

---

[١] «أ» «ن» (عليه) ، والمثبت من «ص» ، في حاشية «أ» (معه) .

[٢] «أ» «ن» (من) ، والمثبت من «ص» .

[٣] «أ» «ن» (من) ، والمثبت من «ص» .

[٤] «ص» (وهو) .

[٥] في «أ» زيادة (ولكن بالعقد) ، وليست في «ن» و«ص» .

بيده، بقي كذلك، وإن أفلس المشتري ولم يتجدَّد له حقٌّ آخر بخللٍ وقع فيما لم يوجبه العقد، وإذا سلَّم المبيع فقد أبطل ما لَه من الإمساك بحقِّ المساواة، فيبطل بلا معاوضة في الإبطال، فلم يبق له حكم ثبتَ له بحقِّ المساواة، وبقيت العبرة لنفس العقد بلا قيام واسطة المساواة، ونفس العقد بلا واسطة ما أوجب يدًا في الثَّمن علىٰ ما ذكرنا.

وإنَّه كشراء القريب إعتاق لا بعينه؛ بل بواسطة الملك فإذا[١] اشترىٰ لغيره ـ ولم يملك ـ لم يعتق؛ وهذا كما لو شرط الأجل للمشتري لم يبق له حقُّ الحبس بحقِّ المساواة، ولم يكن هذا له بحكم العقد بلا قيام المساواة، فلم يثبت، فالخصم اعتبر الثَّمن الدَّين بالسَّلم، والإفلاس بانقطاع أوان المسلم فيه، وقد ذكرنا أنَّ الثَّمن ليس بنظيرٍ للسَّلم في حقِّ القبض، ولا انقطاعُ الأوان بنظير للإفلاس؛ بل الإفلاس نظير موت العاقد، لا اتِّصال له بالبدل[٢]، وإن اتَّصل كان خللًا في صفة ما يوجب العقد سلامته[٣] حكمًا للعقد ولا شرطًا له؛ فيصير كفوت صفة الكتابة من عبد بيع مطلقًا بلا شرط صفة الكتابة.

إلَّا أنَّ ما قاله الخصم أظهر، وما قلناه أدقُّ وأحقُّ، ولهذا صحَّت الكتابة الحالَّة علىٰ قولنا مع عجز العبد عن تسليم الثَّمن[٤].

والجواب عن احتجاجه بالحديث[٥]: أنَّ روايه أبو هريرة وقد روي عنه عن

---

[١] في حاشية «أ» (فإنه إذا اشتراه).

[٢] في حاشية «أ» (باليد).

[٣] «أ» «ن» (سلامتها)، والمثبت من «ص».

[٤] تأخر ذكر هذه الجملة في «ص» إلىٰ ما قبل فصل الرؤية.

[٥] «أ» «ن» (والجواب عن حديثه)، والمثبت من «ص».

النَّبي ﷺ بخلافه علىٰ ما مرَّ وفي حديثكم زيادة: «وإن مات المشتري فصاحب المتاع أسوة الغرماء»(١).

ثمَّ تأويله [عندنا][٢]: أنَّه كان في حادثة بعينها؛ قبض المشتري المتاع بغير إذن البائع، وأفلس، ووجد البائع متاعه، إلَّا أنَّ الرَّاوي ظنَّ أنَّ الحكم عامٌّ، فنقله بلفظه عامًّا، وترك ذكر الحادثة بدليل[٣] ما روينا.

***

(١) روىٰ ـ هذه الزيادة ـ عبد الرزاق (١٦١٠٦)، ومالك في «الموطأ» (٤/٩٧٨، برقم: ٢٤٩٧/٥٧٦) بإسناد مرسل، ووصله أبو داود (٣٥٢٠)، من طريق إسماعيل بن عياش، عن الزبيدي، عن الزهري، عن أبي بكر بن عبد الرحمن، عن أبي هريرة، عن النبي ـ ﷺ، وأعله الشافعي بالانقطاع. انظر: «السنن الكبرىٰ» للبيهقي (٦/٧٨).
وقال الدارقطني في «سننه» (٣/٤٣٢): «إسماعيل بن عياش مضطرب الحديث، ولا يثبت هذا عن الزهري مسندا، وإنما هو مرسل». وانظر: «الأحكام الصغرىٰ» (٢/٧١٩)، «الإلمام بأحاديث الأحكام» (٢/٥٢٥)، و«تنقيح التحقيق» لابن عبد الهادي (٤/١٢٨)، و«البدر المنير» (٦/٦٥٤).

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص»

[٣] في حاشية «أ» (بدلالة).

فَصْــل
خيار الرُّؤية

أمَّا شراء شيء لم يره فقد مرَّ من قبل.

|٩٨٧| مسألةٌ: إذا اشترىٰ شيئًا لم يره، ووكَّل إنسانًا بقبضه، فقبضه الوكيل، ورآه= سقط الخيار عند أبي حنيفة ﵀.

وعندهما: لا يسقط.

واحتجَّا في الأصل: بأنَّ المشترىٰ وكَّله بالقبض، لا بالاختيار[١]، وإنَّه حكمٌ آخر غير القبض، فيبقىٰ أجنبيًّا في حقِّه.

ألا ترىٰ أنَّه لا يملك الرَّدَّ، وكذلك الرَّسول بالقبض يقبض، ولا يسقط الخيار برؤيته، وكذلك هذا الوكيل لو رأىٰ قبل القبض لم يسقط به الخيار، ولو قام مقام الموكِّل لسقط به كالموكِّل نفسه ـ لو رأىٰ ولم يقبض ـ، وكذلك لو كان في البيع خيار الشَّرط، أو خيار عيب لم يسقط برضىٰ الوكيل بالقبض في[٢] الباب.

ولأبي حنيفة: أنَّ القبض صار حقًّا للمشتري بحقِّ العقد، فصحَّ أمره غيره، وقام الوكيل فيه مقامه، فصار حقًّا له.

ألا ترىٰ أنَّه يخاصم البائع، والقاضي يلزمه التَّسليم إليه؛ كما لو حضر الآمر،

---

[١] «ص» (بالإخبار).

[٢] في حاشية «أ» زيادة (هذا).

والقبض المأمور به ضربان: قبضٌ ناقصٌ ـ مع خيار الرُّؤية ـ، وتامٌّ بلا خيارٍ.

والدَّليل عليه: أنَّه إذا اشترىٰ شيئين لم يرهما، فقبضهما ـ ولم يرهما ـ، فأراد ردَّ أحدهما بالعيب، أو بالخيار= لم يملك[1]؛ كما قبل القبض أو مع[2] خيار الشَّرط، وبمثله لو رآهما، ثمَّ ردَّ أحدهما بالعيب صحَّ، فملَك الوكيل ـ بمطلق الأمر بالقبض ـ نوعي القبض؛ لأنَّه لا تفصيل فيه؛ كالوكيل بالبيع يملك البيع الباتّ التَّام، وبشرط الخيار.

بخلاف الرَّسول؛ لأنَّه لم يؤمر بالقبض، وإنَّما أمر بأداء الرِّسالة إليه بالتَّسليم إليه، وإنَّما يملك أداء الرِّسالة علىٰ أتمِّ الوجوه[3].

ألا ترىٰ أنَّ البائع إذا لم يسلِّم إليه لم يملك الرَّسول الخصومة معه.

وبخلاف خيار الشَّرط؛ لأنَّ الموكّل لم يملك القبض التَّام مع[4] الخيار.

ألا ترىٰ أنَّه لو اشترىٰ شيئين، وقبضهما، وفيه خيار الشَّرط= لم يملك ردَّ أحدهما، وإذا لم يملك الآمر [القبض][5] التَّام لم يملك أمرَ غيره به[6].

ولهذا قلنا: لا يملك هذا الوكيل الفسخَ؛ لأنَّه لم يؤمر به، ولا الإجارةَ[7]

---

[1] «ن» (ملك).

[2] «أ» «ن» (في)، والمثبت من «ص».

[3] في حاشية «أ» (لا غير).

[4] «أ» «ن» (من)، والمثبت من «ص»، وحاشية «أ».

[5] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».

[6] في حاشية «أ» (إياه).

[7] «ص» (والإجارة).

قبل القبض ـ وإن رأى ؛ ـ ؛ لأنَّه لم يوكِّل به ، وإنَّما وكِّل بالقبض التَّام ، ولا تمام إلَّا بسقوط الخيار برؤيته ، فثبت ذلك مقتضى ملكه تمام القبض ، فيقدر بقدره ، ولم يملك قصدًا.

كمن قال لآخر: «أعتق عبدك عنِّي بألف درهم» ، فإنَّ المأمور ملك المبيع منه[١] مقتضى الإعتاق عنه ، فلو قال: «أعتقتُ» ، ثبت البيع ، ولو قال: «بعتُ» مقصودًا ـ [بغير عتق][٢] ـ لم يتمَّ البيع.

والشُّبهة أنَّ المشتري ما ملك القبض التَّام مع قيام الخيار بعدم رؤيته ؛ فإنَّه لو قبضهما ولم يرهما لم تتمَّ الصَّفقة ، ولم يملك التَّفريق بالعيب ، ولا بخيار الرُّؤية ؛ كما لو كان له خيار شرط ، وإنَّما تتمُّ إذا قبض عن رؤية لسقوط الخيار برؤيته ؛ كما يتمُّ قبض المشتري بالخيار مع الرِّضى بسقوط الخيار.

ويحتمل أن يكون الفرق بين هذا الخيار ، وخيار الشَّرط: أنَّ خيار الشَّرط يمنع[٣][٤] ثبوت أحكام البيع في حقِّ من شُرط له ، فإنَّ الثَّمن لا يملك [عليه ، فلا يملك][٥] الوكيل التَّصرف في جانب الثَّمن ؛ لأنَّه وكيل بقبض المبيع ، وههنا الثَّمن مملوكٌ عليه ، وله ولاية قبض المبيع تامًّا برؤية[٦] وغير تامٍّ ، وقد أقام الوكيل فيه مقام نفسه ، فجاز أن يملك هو القبض التَّام بمطلق الأمر ؛ إذ ليس تحته

[١] «ص» (ملك البيع).

[٢] ما بين [ ] ليس في «ص».

[٣] «أ» «ن» (يمتنع) ، والمثبت من «ص».

[٤] في حاشية «أ» (يمنع).

[٥] ما بين [ ] ليس في «ن».

[٦] «ص» (برؤيته).

تعدِّي التَّصرف[1] إلىٰ غير المقبوض.

والشُّبهة أنَّ فيه تعدِّي التَّصرف إلىٰ ما لم يسمَّ له من حقٍّ في المقبوض، وكلاهما أظهر.

❊ ❊ ❊

[1] «أ» (الصرف).

فَصْــل
خيار العيب

قد مرَّ ما يتعلَّق به الفساد على الاختلاف، وهذا لبيان أحكام الجائز مع الخيار؛ يحتاج إلى:

❊ معرفة العيب.

❊ وما يسقط به حقُّه أصلًا.

❊ وما ينقل[١] الثَّمن.

❊ وإلى حكم الردِّ[٢].

مسائل الإسقاط أصلًا[٣]

إذا اشترى طعامًا فأكله، أو ثوبًا فلبسه حتَّى تخرَّق، ثمَّ اطَّلع على عيبٍ= لم تبق له خصومة عند أبي حنيفة.

لأنَّه أتلفه بفعله، فانقطع الملك بحقوقه، وخيار العيب من حقوق ذلك الملك، فصار كما لو باعه، أو أحرقه بالنَّار.

وقال صاحباه: يرجع بنقصان العيب؛ لأنَّه مباح له ذلك، فسقط حكم فعله؛

[١] في حاشية «أ» (إلى).

[٢] «ص» (ينقل الثمن إلى حكم الرد).

[٣] كلمة غير واضحة في حاشية «أ».

فصار كما لو هلك بنفسه.

وكما لو[١] اشترىٰ عبدًا فأعتقه، فإنَّ الملك يفوت بالعتق ـ كما بالموت ـ؛ ولكن لما كان مباحًا له ذلك سقط اعتباره بخلاف العتق بمال؛ لأنَّ الملك انتقل إلىٰ البدل[٢]؛ فأشبه البيع، لا الهلاك.

والجواب: أنَّ القياس في العتق أن تبطل الخصومة؛ لأنَّه إتلافٌ بفعله؛ ولكن بقي استحسانًا لأنَّه إنهاءٌ؛ بدلالة أنَّ الله تعالىٰ لم يجعل للرِّق نهايةً إلَّا بالعتق الذي يكون بصنعٍ منَّا، فإنَّ الهلاك غاية الحياة، وغاية الذَّات بنفسه، فغاية كلِّ موجودٍ بانعدامه من جهة[٣] سماويَّة، والرِّق صفةٌ شرعيَّةٌ، فتكون غايته بعدم شرعيٍّ، وما ذلك إلَّا العتاق، وإنَّه لا يثبت بآفةٍ سماويَّة، وإنَّما يثبت بنا، فصار الإعتاق إيجادًا لنهاية الرِّق معنًىٰ، فصار بمنزلة الهلاك.

ألا ترىٰ أنَّه يعقبه ولاءٌ متفرِّعٌ عن ذلك الملك، فالفرع لا يبقىٰ له إلَّا بعد تقرُّر الأصل[٤]؛ لأنَّه تبعه وحقُّه، وهذا المعنىٰ في المأكول، والملبوس معدوم؛ لأنَّه مال بذاته كذلك، فيكون نهايته بهلاكه الذي يكون لمثله، لا بسببٍ يضافُ إلينا، فمتىٰ كان سببًا يُضاف إلينا جُعل إهلاكًا في حقِّه[٥] ـ وإن كان مباحًا ـ؛ كما لو باع[٦].

[١] «ن» (ولو).
[٢] «ص» (المبدل).
[٣] في حاشية «أ» (آفة).
[٤] في «ص» وحاشية «أ» زيادة (عليه).
[٥] «ص» (حقنا).
[٦] في حاشية «أ» زيادة (وإن كان ذلك مباحا له)، وفي «ص» (فإن البيع مباح).

فأبو حنيفة اعتبر الحقيقة، وهما: حكمة الخلقة، فإنَّ حكمة خلق المأكول في الفناء[١] بجهة الأكل، وكذلك كلُّ مالٍ حكمته[٢] في الفناء فيما خُلق له.

ولا كذلك التِّجارة؛ فإنَّها منفعةٌ زائدةٌ تكون باختيارنا، لا توجد في أصل الخلقة، حتَّىٰ كانت السِّلع كلُّها للبذلة، ولا زكاة فيها؛ إلَّا أن يجعلها للنَّماء والزِّيادة بصنعه[٣]، وكلُّ ذلك حسن[٤].

|٩٨٨| مسألةٌ: إذا اشترىٰ ثوبًا، فباع نصفه، ثمَّ اطَّلع علىٰ عيبٍ= لم تبق له خصومة.

وقال زفر: له الخصومة في النِّصف الباقي.

لأنَّه باقٍ علىٰ ملكه؛ إلَّا أنَّه لا يملك ردَّه للعيب الذي حدث بالشَّركة؛ فصار كما لو تعيَّب، فيرجع بنقصان العيب.

إلَّا أنَّا نقول: بيع النِّصف إبطالٌ لحقِّ العيب فيه؛ بدليل: أنَّه لا يرجع فيه بنقصانٍ من الثَّمن، فصار كما لو لم يبع، ولكن أبرأه عن حقِّه في العيب في نصف المبيع، والإبراء عن النِّصف إبراءٌ عن الكلِّ؛ لأنَّه لا يتجزَّأ ثبوته شرعًا؛ لأنَّه يثبت دفعًا للضَّرر عن المشتري، ولا[٥] يثبت من حيث يوجب ضررًا بالبائع،

[١] «ن» (العنا).
[٢] «ن» (حكمية).
[٣] «أ» «ن» (بصنعة)، والمثبت من «ص».
[٤] «ن» (حبس).
[٥] «أ» (فلا).

وذلك في الثُّبوت كاملًا[١] حتَّىٰ لا يتضرَّر البائع بضرر الشَّركة بالتَّجزُّئ[٢] عليه.

وكان بمنزلة حقِّ الشَّفيع، فإنَّه يثبت كاملًا[٣] غير متجزِّئ؛ لأنَّه يثبت دفعًا عن الشَّفيع لضرر الدَّخيل، فلا يثبت إلَّا بحيث لا يلحق بالدَّخيل ضررًا لم يكن قبل الشِّراء، وذلك في ردِّ جميع الثَّمن عليه حتَّىٰ لا يتضرَّر بتفرُّق الملك المجتمع، ولمَّا ثبت غيرَ متجزئ كان إبطال البعض إبطالًا للكلِّ؛ كإبطال الشَّفيع حقَّ الأخذ في نصف المبيع، وطلاق نصف المرأة.

❖ فإن قيل: إنَّ الشَّفيع حقُّه في الأخذ لا غير، وإنَّه لا يثبت إلَّا كملًا صيانةً للمشتري عن ضرر أخذه، فلذلك سقط الكلُّ بإسقاط[٤] البعض.

وحقُّ المشتري ههنا في شيئين: في الرَّدِّ، والرُّجوع بالنُّقصان من الثَّمن، والرَّدُّ لا يثبت إلَّا كملًا صيانةً للبائع عن ضررٍ يلحقه بردِّه[٥] لم يكن قبل البيع، فإذا أبطل بعض الرَّدِّ بطل كلُّه، فأمَّا حقُّ الرُّجوع بالثَّمن فيثبت متجزئًا.

ألا ترىٰ أنَّه بعد القضاء ببعض[٦] الثَّمن للمشتري لو أبرأ عن البعض[٧] صحَّ، ولم يكن فيه ضرر للبائع؛ بل له فيه نفع، والخلاف في بقاء حقِّه في الثَّمن، لا [في][٨] الرَّدِّ.

---

[١] «ن» «ص» (كملا).
[٢] «ص» (بالتحري).
[٣] «ن» «ص» (كملا).
[٤] «ن» (بإسقاطه).
[٥] «أ» «ن» (يردُّه)، والمثبت من «ص».
[٦] «ص» (ينقص).
[٧] «ص» (القبض).
[٨] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».

۞ قلنا: إنَّ الحقَّ للمشتري في الرَّدِّ؛ لا غير، وإنَّما يعود إلىٰ الثَّمن عند العجز لا بإسقاطٍ من قبَله، وبيعُ النِّصف إسقاطٌ، ولا حقَّ له في تلك الحالة إلَّا الرَّد، وإنَّه غير متجزِّئ، فلا يسقط البعض دون البعض، وإذا سقط الكلُّ بإسقاطه لم يجب الثَّمن، فأشبه حقُّ الشَّفيع الذي لا يعود إلىٰ الثَّمن في كلِّ الأحوال، والله أعلم.

❊ ❊ ❊

مسائل الإسقاط إلى بدل

|٩٨٩| **مسألةٌ**: إذا اشترىٰ شيئًا، فقبضه، وعيَّبه ـ أو تعيَّب[١] بنفسه ـ، ثمَّ اطَّلع علىٰ عيبٍ= رجع بالنُّقصان.

وقال ابن أبي ليلىٰ(٢): يردُّه، ويردُّ[٣] قيمة العيب[٤].

واحتجَّ بما رُوي عن عمر(٥) وزيد بن ثابت(٦) ﵄ ـ فيمن اشترىٰ جارية فوطئها ثمَّ اطَّلع علىٰ عيب ـ: «إن كانت بكرًا ردَّها، وردَّ معها عُشر قيمتها، وإن كانت ثيِّبًا ردَّها، وردَّ معها نصف عشر قيمتها».

والوطء بمنزلة التَّعييب بالإجماع بيننا؛ كأنَّهما رأيا ذلك القدرَ قيمة ما استوفىٰ بالوطء.

وفي خبر المصرَّاة عن النَّبي ﷺ ـ فيمن اشترىٰ شاةً، فوجدها مُحَفَّلةً بعدما

---

[١] في حاشية «أ» زيادة (عنده).

(٢) انظر: «الأم» للشافعي (٧/١١٠).

[٣] في حاشية «أ» زيادة (معه).

[٤] «ن»، «أ» (العبد).

(٥) رواه ابن أبي شيبة (٢٠٨٨٤)، والدارقطني (٣٨٣٤)، والبيهقي في «السنن الكبرىٰ» (١٠٧٤٦) من طريق عامر، أن عمر بن الخطاب، قال: «إن كانت ثيبا رد نصف العشر، وإن كانت بكرا رد العشر».

والأثر منقطع؛ قال الدارقطني ـ بعد ذكر الحديث ـ: «وهذا مرسل، عامر لم يدرك عمر ﵁».

وفي «السنن الكبرىٰ» للبيهقي (٥/٥٢٧): «قال الشافعي ﵀: لا نعلمه يثبت عن عمر ولا علي ولا واحد منهما».

(٦) لم أقف عليه.

حلبها ـ: «أنَّه يردُّها ويردُّ معها صاعًا من تمرٍ»(١). وذلك بقيمة اللَّبن، واللَّبن بمنزلة جزءٍ منها، فكذلك إذا أخذ جزءًا آخر منها.

والمعنىٰ فيه: أنَّ الرَّدَّ بالعيب ثبت حقًّا للمشتري لازمًا بالشِّراء، فلا يبطل إلَّا بإبطاله، ولم يوجد [منه][٢] الرِّضىٰ بالإبطال؛ لأنَّه تناول وهو لا يعلم بالعيب، وإذا ردَّ انتقص الملك من الأصل، ولزمه الرَّد كما قبض، وذلك القبض مضمون، فإنَّ القبض بالشِّراء مضمون؛ بمنزلة المغصوب ـ علىٰ ما عرف ـ، بخلاف قبض الهبة، وإذا عجز عن ردِّ شيءٍ منه ضمن قيمته؛ كما في الغصب.

إلَّا أنَّا نقول: إنَّ حقَّ المشتري في الجزء الفائت بالعيب، لا في الرَّدِّ؛ لأنَّ العقد لا يوجب النَّقض حقًّا له، وعلىٰ ما نذكر بعد هذا في حكم الرَّدِّ؛ إلَّا أنَّ البائع متىٰ عجز عن تسليم ذلك الجزء ثبت للمشتري حقُّ الرَّدِّ ليدفع عن نفسه ضرر الشِّراء بالعود إلىٰ رأس ماله الذي كان قبله، ولمَّا ثبت لدفع الضَّرر ثبت بشرط أن لا يُلحق بالبائع ضررًا لم يكن قبل الشِّراء؛ لأنَّ حقَّه مثل حقِّه، والضَّرر مدفوعٌ في الإسلام ما أمكن، ولمَّا ثبت الرَّدُّ بشرط أن يعود كلُّ واحدٍ منهما إلىٰ رأس المال؛ ـ كما كان ـ لم يملك الرَّدَّ مع تعيُّب المبيع لفوات شرطه.

كما إذا أراد أن يردَّ البعض دون البعض لم يملك لضررِ شِركه[٣]، ولمَّا لم

(١) رواه البخاري (٢١٤٧)، ومسلم (١٥٢٤) من حديث أبي هريرة ﷺ، ـ ولفظ مسلم ـ: «من ابتاع شاة مصراة فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام، إن شاء أمسكها، وإن شاء ردها، ورد معها صاعا من تمر».

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» «ن»، والمثبت من «ص».

[٣] «أ» (شركة)، والمثبت من «ن» و«ص».

يملك الرَّدَّ ـ وتعذَّر دفع ضرر المشتري بالرَّد ـ دفع بحصَّته من الثَّمن الذي بذله[١] بالعقد.

وبين الصَّحابة رضي الله عنهم اختلافٌ في هذه المسألة، فقد رُوي عن علي(٢) وابن عمر(٣) رضي الله عنهم: أنَّهما قالا ـ في مسألة الوطء ـ: «لا يردُّها».

ولأنَّ ضمان البيع ضمان ثمن على البائع، والمشتري أيضًا، فلا يستقيم إيجاب ضمان القيمة.

وأمَّا خبر المصرَّاة، فالجواب عنه نذكره في مسألة التَّصرية: أهي عيبٌ أم لا؟

ولأنَّ اللَّبن المحلوب بعد القبض لا يدخل تحت العقد[٤]، كالولد؛ فلا يجب ردُّه، فلا تجب قيمته بالإجماع.

---

[١] «أ» (يدله)، والمثبت من «ن»، ولم تضبط في «ص».

(٢) رواه عبد الرزاق (١٤٦٨٥) من طريق جعفر بن محمد، عن أبيه، عن علي بن حسين، عن علي رضي الله عنه، كان يقول في الجارية يقع عليها المشتري، ثم يجد بها عيبا قال: «هي من مال المشتري، ويرد البائع ما بين الصحة والداء»، ورواه الدارقطني في «سننه» (٣٨٣٢) بلفظ: «إذا ابتاع الأمة ثم أصابها ثم وجد بها عيبا بعد إصابته أخذ قيمة العيب» ثم قال: «هذا مرسل».
ورواه البيهقي في «السنن الكبرى» (١٠٧٤٥)، ثم قال: «وكذلك رواه سفيان الثوري، وحفص بن غياث، عن جعفر بن محمد وهو مرسل، علي بن الحسين لم يدرك جده عليا، وقد روي عن مسلم بن خالد، عن جعفر، عن أبيه، عن جده، عن حسين بن علي، عن علي وليس بمحفوظ».

(٣) لم أقف عليه.

[٤] «ص» (القبض).

|٩٩٠| مسألةٌ: إذا اشترىٰ جارية ثيبًا، فوطئها، ثمَّ اطَّلع علىٰ عيب= رجع بالنُّقصان؛ كما لو كانت بكرًا.

وقال الشَّافعي(١): يردُّها إن لم ينقصها الوطء شيئًا[٢]؛ كما لو استخدمها[٣].

لأنَّ الوطء انتفاعٌ محضٌ كالاستخدام؛ بدلالة أنَّه لم ينقص من عينها شيئًا، وإنَّما استوفىٰ منافع ذلك العضو علىٰ الخصوص؛ كما لو جامعها دون الفرج.

ولأنَّ المستوفىٰ بالوطء هو المملوك بالنِّكاح، وذلك ليس بمال[٤]، ولا يتناوله البيع[٥] بحالٍ قصدًا؛ لأنَّه لا يتناول إلَّا ما هو مال، وإنَّما يملك حكمًا لملك الرَّقبة تبعًا كالمنافع، وإذا لم يتناوله البيع صار وجوده وعدمه[٦] ـ في حقِّ المبيع الذي يُردُّ بالعيب ـ سواءً.

إلَّا أن ينقص من أجزائها شيئًا؛ كما لو كانت بكرًا ـ وجامعها[٧] فأفضاها ـ، أو أنكحها؛ فإنَّه نقص معنًىٰ، فأمَّا إذا لم ينقص فلا؛ كما لو وطئها زوجٌ كان قبل البيع.

ولنا: أنَّ الصَّحابة ﷺ والسَّلف اختلفوا في هذه المسألة.

فقال علي وعبد الله بن عمر: «لا يردُّها».

---

(١) انظر: «الأم» للشافعي (٦/٢١١)، و«مختصر المزني» (٨/١٨٠).

[٢] «ص» زيادة (فالجواب فيه).

[٣] كلمة غير واضحة في حاشية «أ» ولعلها: (قال).

[٤] «ص» (بملك)، وفي حاشية «أ» زيادة (حكما لملك الرقبة).

[٥] «ص» (المبيع).

[٦] في حاشية «أ» (بمنزلة).

[٧] «ن» «ص» (أو جامعها).

وقال عمر وزيد بن ثابت رضي الله عنهما: «يردُّها، ويردُّ معها عُشر قيمتها»[١].

وقال ابن أبي ليلى: يردُّها، ويردُّ معها مهر مثلها.

فأجمع الكلُّ: أنَّه في حكم أخذ جزءٍ منها؛ حيث أوجبوا ردَّ البدل عند العجز؛ بخلاف المنفعة، فإنَّه لا يجب ردَّ ما فات منها، لا عينًا، ولا بدلًا بالإجماع.

والخلاف في أنَّه بمنزلة أخذ جزءٍ منها أو منفعةٍ، ثمَّ الرَّد وعدم الرَّد ـ بناءً عليه ـ.

فإنَّ الشَّافعي وافقنا أنَّ التَّعييب يمنع الرَّدَّ، وكان في السَّلف خلاف: أنَّه يمنع[٢] أم لا؟ على ما مرَّ.

❁ فإن قيل: بين الصَّحابة اختلافٌ في الرَّدِّ، فأخْذُنا نحن بقول عمر وزيد بن ثابت ـ وإن خالفناهما في ردِّ شيءٍ من القيمة [لدليل][٣] ـ لا يمنعنا [من][٤] الأخذ بقولهما في الرَّد.

❁ قلنا: نعم، يجوز أن يفتي الصَّحابة بحكمين، فنخالفه [في أحدهما][٥] ـ ونوافقه في الآخر ـ، إذا كانا حكمين ينفصلان، فأمَّا إذا كان أحدهما لا ينفصل عن الآخر، فالخلاف في أحدهما خلافٌ فيهما، وهذا من هذا القبيل؛ فإنَّ الإجماع ثابتٌ أنَّ المنفعة لا تتقوَّم.

[١] «ص» زيادة (إن كانت ثيبا، وإن كانت بكرا يردها، ويرد معها مهر مثلها).

[٢] في حاشية «أ» زيادة (الرد).

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» «ن»، والمثبت من «ص».

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» «ن»، والمثبت من «ص».

[٥] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

وقد[1] ورد النَّصُّ عن النَّبي ﷺ فقال: «الخراج بالضَّمان»(٢)، ردًّا على البائع في دعواه الغلَّة على المشتري بعد ردِّ المبيع، فلمَّا قوّما ههنا ما استوفي بالوطء دلَّ ضرورةً أنَّهما[3] جعلاه في حكم العين لا محالة، والخلاف بيننا وبينه إلى هذا الحدِّ.

وعليه تنبني[4][5] المسألة، فإنَّ الخلاف في الأحكام بحسب الاختلاف في العلل، فثبت أنَّ الخلاف ـ في السَّلف ـ أنَّ التَّعييب من المشتري هل يمنع الرَّد [بالعيب][6] أم لا؟ ولا خلاف فيهم أنَّ الوطء تعييب.

والدَّليل على أنَّ الوطء متى حصل في غير ملكه[7] جُعل في حكم أخذ جزء

---

[1] زاد في «ص» وحاشية «أ» (به)، وموضعها قبل (وقد).

(٢) رواه أحمد (٢٤٢٢٤)، والنسائي (٤٥٠٢)، وأبو داود (٣٥٠٨)، والترمذي (١٢٨٥)، وابن ماجه (٢٢٤٢)، من حديث عروة عن عائشة رضي الله عنها.
قال الترمذي (٥٧٤/٣): «هذا حديث حسن غريب من حديث هشام بن عروة، وقد روى مسلم بن خالد الزنجي هذا الحديث، عن هشام بن عروة، ورواه جرير، عن هشام أيضا، وحديث جرير يقال تدليس دلس فيه جرير لم يسمعه من هشام بن عروة». وقال الحاكم في «مستدركه» (١٨/٢): «هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه» وقد رواه ابن أبي ذئب عن مخلد بن خفاف عن عروة عن عائشة مختصرا» ووافقه الذهبي.
قال أبو داود (٢٨٤/٣) ـ عن إسناد مسلم بن خالد ـ: «هذا إسناد ليس بذاك».
والحديث استغربه البخاري، فيما ذكره عنه العقيلي في «الضعفاء الكبير» (٢٣٠/٤).
وصححه ابن القطان، وقال ابن حزم: لا يصح. وانظر: «بيان الوهم» (٢١٢/٥)، و«كشف المناهج» (٥٠٥/٢)، و«البدر المنير» (٥٤١/٦)، و«التلخيص الحبير» (٥٤/٣).

[3] «ن» (أيهما).

[4] «أ» «ن» (تبيين)، والمثبت من «ص».

[5] في حاشية «أ» (تبتنى).

[6] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من حاشيتها، و«ن».

[7] «ن» (ملك).

منها[١] = ما بيَّنا في كتاب النِّكاح: أنَّ المملوك بالنِّكاح في حكم جزءٍ منها، لا منفعةٍ، وأنَّ المستوفىٰ بالوطء هو المملوك بالنِّكاح، فيكون في حكم العين.

وكذلك الصَّحابة قالوا ـ فيمن اشترىٰ جارية فاستولدها، ثمَّ استحقَّت ـ: غرم المشتري العُقر والولد، دون المنفعة.

فجعلوا بدل الوطء ـ في ملك الغير ـ في حكم بدل الولد الذي هو جزء من الأصل، فأوجبوا بدل ذلك عند العجز عن ردِّه؛ كما لو عجز عن ردِّ الأصل لزمه ردُّ البدل.

ألا ترىٰ أنَّ الزَّوج يصير قابضًا كلَّ ما انعقد عليه العقد بإيلاجةٍ واحدةٍ، ولو سلك به مسلك المنافع لما تصوَّر القبض جملةً علىٰ وجهٍ لا يسقط بالموت، وبالغصب.

وكذلك الرَّجل يلزمه المهر إذا وطء بشبهةٍ بنفس الإيلاجة، ولا يزداد بدوام[٢] الإيلاجات، ولو كان بمنزلة أخذ المنفعة لتقدَّر بقدر الاستعمال، والدَّلائل علىٰ الاستقصاء مرَّت في النِّكاح.

وذلك مذهبنا، فقد قال علماؤنا: إنَّ الأمة المبيعة إذا وطئت قبل القبض ـ حتَّىٰ وجب العُقر ـ كان بعض[٣] الثَّمن بإزاء ذلك العُقر؛ كما لو ولدت، ولو استهلك البائع العُقر سقطت[٤] حصَّته من الثَّمن عن المشتري، ولو استهلكه

[١] في «ص» وحاشية «أ» (وفي حكم التعييب ليس في حكم أخذ المنفعة في غير ملك علىٰ).

[٢] «أ» (يزداد حرام)، «ن» (يزداد وأم)، والمثبت من «ص».

[٣] «ص» (نقص).

[٤] «أ» «ن» (يسقط)، والمثبت من «ص».

المشتري تأكَّد عليه بحصَّته [من][1] الثَّمن كالولد سواءً؛ وكالأرش والثَّمرة من الشَّجرة.

بخلاف[2] المنفعة وما يتولَّد منها من الكسب والأجرة، فإنَّه لا يقابله شيءٌ من الثَّمن بحالٍ.

ولهذا لا يخلو الوطء في ملك الغير عن غرامة أو عقوبة؛ كالجناية، وإذا صار في حكم أخذ العين صار الوطء في ملك الغير بمنزلة الجناية، أو فوات وصفٍ بلا فعل أحدٍ، وكان عيبًا؛ لأنَّ الرَّدَّ فسخٌ من الأصل بقضاء، وكذلك بغير قضاء في حقِّهما، فيعود إلى قديم ملك البائع؛ كأنَّها لم تخرج عن ملكه، فيصير المشتري واطئًا ملك غيره، فيصير في حكم أخذ جزءٍ منها ـ لو صحَّ الرَّد ـ، وذلك مانعٌ من الرَّد.

ولا يلزم وطء زوج كان عند البائع؛ لأنَّا جعلنا وطأه في حكم أخذ جزءٍ منها، ولكن ذلك الجزء هو الذي ملكه الزَّوج بالنِّكاح، وذلك لم يكن دخل في ملك المشتري، ولا اقتضى العقد سلامته للمشتري، ففوته لا يعدُّ عيبًا، فالعيب في فوت ما أوجب العقد سلامته للمشتري، والفوت في الحقيقة ـ ههنا ـ كان بالنِّكاح، فكان بمنزلة شراء شيءٍ معيبٍ، فيردُّه به إن لم يكن رضي به؛ وإلَّا لزمه كسائر العيوب.

ولأنَّا جعلناه[3] كذلك في غير ملك، لا في ملك، وكذلك النِّكاح عيبٌ،

---

[1] ما بين [ ] ليس في «أ» «ن» «ص»، والمثبت من حاشية «أ».

[2] في حاشية «أ» زيادة (غلة).

[3] «أ» «ن» (جعلنا)، والمثبت من «ص».

والعيب في تغيُّر صفةٍ من صفات العين[١] اقتضىٰ العقد سلامته عن ذلك الخلل، دون المنفعة؛ لأنَّ العقد[٢] لا يتناول المنفعة.

ولا يلزم البائع إذا وطئ الأمة المبيعة قبل التَّسليم؛ فإنَّه لا يصير كالجناية، ولا يسقط شيءٌ من الثَّمن، ولا يخيِّر[٣] المشتري علىٰ أصل أبي حنيفة.

لأنَّا علَّلنا[٤] الوطء في حكم استيفاء عينٍ، وإن كان استوفىٰ منفعة علىٰ الحقيقة، وقد جعلناه كذلك ههنا، ولكن جعلناه كعين من المبيع حدث بعد البيع، نحو نخلة تثمر أو شاة تحلب، ثمَّ إنَّ البائع [لو][٥] أتلف ما تولَّد لا يخيَّر[٦] المشتري، إذا لم يكن بالأصل نقصان.

فكذلك هذا[٧]؛ لأنَّه بالوطء أتلف ما لم يكن يملك بالعقد نفسه؛ لأنَّ البيع لا يرِد علىٰ ما ليس بمالٍ، وإنَّما يملك هذا علىٰ سبيل الضِّمن، وأمَّا الثَّمن فلا يسقط شيءٌ منه؛ بخلاف الثَّمن لأنَّ[٨] المستوفىٰ بالوطء - وإن جعل في حكم العين - فليس بمالٍ، والثَّمن لا يقابل إلَّا عينًا هو مالٌ[٩] علىٰ الحقيقة، ثمَّ ليس من ضرورة أن لا يقابله الثَّمن أن لا يعدُّ[١٠] فوته عيبًا، فإنَّ الأطراف من العبيد

---

[١] «ص» (التي للعين).

[٢] «ص» (البيع).

[٣] «أ» (خير)، و«ص» (يجبر)، والمثبت من «ن».

[٤] في حاشية «أ» (لنجعل).

[٥] ما بين [ ] ليس في «أ» «ن»، والمثبت من «ص».

[٦] «أ» «ص» (يجبر)، ولم تضبط في «ن».

[٧] في حاشية «أ» (ههنا).

[٨] «أ» «ن» (الثَّمر من)، والمثبت من «ص».

[٩] «أ» «ن» (مالًا)، والمثبت من «ص».

[١٠] «ص» (إلا بعد).

عين ـ ولو فاتت قبل القبض ـ لم يقابلها شيءٌ من الثَّمن.

وكذلك لو فاتت بعد القبض، حتَّىٰ كان للمشتري أن يبيع مرابحةً علىٰ جميع الثَّمن؛ ولكن لا بدَّ أن يعد فوتها عيبًا ـ وإن لم يقابلها الثَّمن ـ، فكذا ههنا؛ ولأنَّ الأمة كأنَّها لم تخرج عن ملك البائع فيما استوفىٰ بالوطء؛ لأنَّه ملك تصرُّف، ولا يجب للمشتري إلَّا بعد القبض حتَّىٰ يجب الاستبراء بعد القبض.

وكذلك المشتري إذا وطئ الأمة [قبل نقد الثَّمن][1] ثمَّ استردَّها البائع عادت مضمونةً بالثَّمن، ولم يسقط عن البائع شيءٌ بحصَّة الوطء؛ لما ذكرنا: أنَّه عينٌ لا يقابله الثَّمن؛ ولأنَّه حصل في ملكه.

وكذلك المشتري إذا وطئها ثمَّ ردَّها بعيبٍ، والبائع لا يعلم بوطئه، ثمَّ تعيَّبت عند البائع بعيبٍ حادثٍ= فإنَّ البائع لا يرجع بنقصان الوطء.

وكذلك الجواب عمَّا ذُكر في المأذون فيمن اشترىٰ جاريةً بألفٍ، وقبضها علىٰ أنَّه إن لم ينقد الثَّمن إلىٰ ثلاثة أيَّامٍ فلا بيع بينهما، فلم ينقد حتَّىٰ مضت الأيَّام الثَّلاثة، ثمَّ وطئها= فإنَّ البائع يأخذها[2]، ولا يجبر[3]؛ لأنَّه في هذه الحالة ينزَّل منزلة البائع قبل التَّسليم.

✽ فإن قيل: وإن جُعل في حكم العين، فهو ليس بمالٍ، فلا يدخل تحت البيع، وأخذه[4] لا يوجب خيارًا.

---

[1] ما بين [ ] ليس في «ص».

[2] «ن» (بأحدهما)، «أ» (يأخذهما).

[3] كذا في «أ»، ولم تضبط في «ن» و«ص»، ولعلها (يخير).

[4] «ص» (بأخذه).

۞ قلنا: لما وجب اعتباره بجزء عين اعتبر بالعُذْرة[١] التي تُستوفى بالوطء بحقِّ النِّكاح من الحرَّة[٢].

۞ فإن قيل: العُذرة جزءٌ من الأمة يُعدُّ مالًا، والمستوفى بالوطء لا يعدُّ مالًا.

۞ قلنا: العُذرة تعدُّ مالًا؛ لأنَّها جزءٌ من الأمة حقيقةً؛ لا لأنَّها تُستباح بالنِّكاح، والمستوفى بالوطء من الثَّيب[٣] يُعتبر في حكم جزء عين؛ لأنَّه ممَّا استُحِلَّ للنِّكاح؛ لا لأنَّه عين مال، فلا عين هنالك، فيجب الاعتبار بعذرة الحرائر التي تستحقُّ بالنِّكاح، ولا تستحقُّ بالبيع، وأسباب ملك اليمين.

وإذا كان كذلك صار هذا المستوفى بالوطء ـ في مسألتنا ـ في حكم العين في حقِّ منع الرَّد بالعيب لما ذكرنا من الدَّليل، ولكن عين ليس[٤] بمالٍ، فلا يقابله الثَّمن.

۞ فإن قيل: إنَّه بمنزلة أخذ جزءٍ من العين لم يؤثِّر أثرًا في العين؛ كجزء شعر نبت ثانيًا، وقلع سنٍّ[٥] ينبت.

۞ قلنا: لو كان كذلك لكان لا يضمَن الواطئ بشبهة شيئًا؛ كما لو قلع سنًّا، فنبتت أخرى؛ وهذا لأنَّا نجعله أخذ جزء من العين حكمًا؛ فلا يطلب[٦] أثره حسًّا.

---

[١] «أ» (بالقدرة)، «ن» (القدرة)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٢] في حاشية «أ» (الأمة).

[٣] «ن» (الثلث).

[٤] «ص» (السبب).

[٥] «ن» (شيء).

[٦] «أ» «ن» (لا نطلب)، والمثبت من «ص».

وكذلك الحرَّة المنكوحة إذا وُطئت ، ثمَّ حَبست نفسها بالمهر لم تصر في حكم من لم تسلِّم نفسها ؛ لأنَّ المستوفى بالمهر بالوطء لا يتصوَّر فيه[١] استرداد ، والمهر بإزائه .

[٩٩١] **مسألةٌ**: إذا أعتق عبده على جارية ـ أو باع منه نفسه بجارية ـ ، وقبض الجارية ، ثمَّ وجد بها عيبًا ، فردَّها= رجع بقيمة العبد في قول أبي حنيفة الأخير[٢] ، وهو قول أبي يوسف .

وقال أوَّلًا: لا يرجع بقيمة الجارية ، وهو قول محمَّد وزفر .

ووجه هذا: أنَّ هذا عقد تمَّ مبادلة مالٍ بما ليس بمالٍ ، فإذا فات قبض المال وجب الرُّجوع بقيمة المال نفسه ، لا بقيمة بدله ؛

قياسًا على النِّكاح على أمة[٣] بعينها إذا استحقَّت ، أو الطَّلاق أو الصُّلح عن دم العمد على مالٍ بعينه ، وعكسه بيع العبد بجارية إذا ردَّ الجارية بعيب[٤] ، وقد هلك العبد .

وتأثيره: أنَّ العقد متى تمَّ مبادلة مالٍ بما ليس بمالٍ لم يحتمل الفسخ بفوت البدل قبل القبض ، فإذا ردَّ البدل وفات قبضه ـ والسَّبب الموجب لتسليم عينه قائمٌ ـ لزمه تسليم مثله إذا كان له مثلٌ ؛ لأنَّ الحقوق الواجبة إمَّا أن تؤدَّى بأعيانها

---

[١] «أ» «ن» (فيها) ، والمثبت من «ص» .

[٢] «أ» «ن» (الآخر) ، والمثبت من «ص» .

[٣] «ن» (أنه) .

[٤] «أ» (بقيت) ، ولم تضبط في «ن» ، والمثبت من «ص» .

أو بأمثالها عند العجز ، ما لها[١] طريقٌ ثالثٌ ، فأمَّا إذا كان مبادلة مالٍ بمالٍ انفسخت المبادلة بفوت قبض العين ، فوجب على العاقد تسليم ما قبض من صاحبه ، لا تسليم ما باع ، فإذا عجز عن تسليم ما قبض لزمه تسليم مثله ، فيصير ـ على[٢] الحقيقة ـ دليلًا لنا ؛ إذ في الحالين يجب تسليم مثل الأصل الواجب عليه.

والدَّليل على أنَّ هذا العقد تمَّ مبادلة مالٍ بما ليس بمالٍ: الحقيقة والحكم ، أمَّا الحقيقة ؛ فلأنَّه أعتق العبد على الجارية ، فجعل الجارية بدل العتاق ، وبدل إسقاط الرِّق ، وما إسقاط الرِّق بمالٍ ولا العتاق ، وإنَّه بمنزلة الطَّلاق والعفو عن القصاص ، وكذلك البيع بجارية ؛ لأنَّ بيع العبد من نفسه إعتاق ؛ لأنَّه لا يملك وإن ملك ؛ لأنَّه مملوكٌ مالًا ، فيستحيل أن يصير مالكًا مالًا ، وبينهما[٣] تضاد.

ألا ترى أنَّ الرَّجل إذا تزوَّج امرأةً على عتق أبيها عتق الأب ، وكان لها مهر المثل ؛ لأنَّ العتاق ليس بمالٍ ، فلا يصلح مهرًا ، فهذا دليلٌ على أنَّ العتاق ليس بمالٍ ، والعبد لا يثبت له بهذه المعاقدة إلَّا العتاق ، فأمَّا الماليَّة فتتلف على المولى ؛ كما في صريح العتاق بغير مالٍ.

ألا ترى أنَّ الولاء للمولى.

وألا ترى أنَّه لا يملك غيره ، فكيف يملك نفسه؟! والمكاتب لا يملك حقيقة الملك ، وإن كانت أكسابه في يده ؛ لأنَّه لم يعتق رقبةً ويملك يدًا ؛ لأنَّه يحرَّر يدًا.

---

[١] «أ» «ن» (له) ، والمثبت من «ص».

[٢] «ص» (في).

[٣] «ص» (لأن بينهما).

وأمَّا الحكم؛ فلأنَّ المولىٰ إذا قال لعبده: «بعت منك نفسك بألف»، أو قال: «أعتقتك علىٰ ألفٍ» = لم يملك الرُّجوع؛ لأنَّه تعليق عتقٍ بشرط القبول، ولو كان تبعًا[١] لملَك الرُّجوع.

ولو وكَّل رجلٌ عبدًا أن يشتري نفسه من مولاه بألفٍ، فذهب العبد، فاشترىٰ نفسه من مولاه بألفٍ = كان إعتاقًا، ولم يكن للآمر؛ لأنَّه غير ما وكَّل به؛ لأنَّه إعتاقٌ بمالٍ، وإنَّما يصير شراءً إذا أضافه[٢] إلىٰ الآمر.

وكذلك الحيوان ثبت دينًا في هذا الشِّراء، والحيوان عندنا لا يثبت دينًا في الذِّمَّة[٣] عمَّا هو مال، إنَّما يثبت عمَّا ليس بمالٍ؛ كالنِّكاح والطَّلاق، والواحد في هذا العقد يصلح وكيلًا من الجانبين جميعًا؛ كما في النِّكاح دون البيع، فثبت أنَّه مبادلة [مالٍ][٤] بما ليس بمالٍ، أو مبادلة جاريةٍ بعتاقٍ، فلا يحتمل الفسخ بفوت الجارية؛ لأنَّ العتاق ـ [من حيث إنَّه][٥] لا يحتمل الفسخ ـ أشدُّ من النِّكاح؛ لأنَّه إسقاطٌ محض للرِّق، والسَّاقط يتلاشىٰ، فلا يبقىٰ محلًّا للفسخ.

ولا يلزم إذا باع عبدًا من ولده بجاريةٍ، والمسألة بحالها، فالجواب كما قاله أبو حنيفة آخرًا؛ لأنَّ الولد ههنا يملك أباه ملكًا صحيحًا، ثمَّ يعتق عليه، فيكون الولاء له[٦]، ويثبت فيه حكمٌ من أحكام البيع دون العتق بمالٍ، والبيع ممَّا يحتمل

---

[١] «ص» (بيعا).

[٢] «أ» «ن» (أضاف)، والمثبت من «ص».

[٣] «ص» (في الذمة دينا بدلا عما...).

[٤] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».

[٥] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».

[٦] «أ» (الولاية)، والمثبت من حاشيتها و«ص».

الفسخ، فينفسخ البيع بفوت الجارية، ويلزمه ردُّ العبد، وقد عجز بمعنى العتاق، فيردُّ قيمة ما لزمه التَّسليم؛ كما في غير الأب لو هلك ـ والمسألة بحالها.

ووجه قوله الأخير[١] ـ وهو الأدقُّ ـ: أنَّا نسلِّم أنَّ العقد لا ينفسخ بتسليم الجارية، ولا وجه للانفساخ؛ لما قاله محمَّد، فيجب بعد ردِّها على العبد تسليم الجارية لبقاء السَّبب الموجب للجارية حقًّا للمولى وقد عجز، فيجب عليه مثل الجارية لحقِّ العبد؛ لأنَّ العقد باقٍ، وهو الموجب، ولمَّا وجب مثل الجارية بالعقد، ومثلها بالعقد ما سُمِّيَ بدلًا عنها[٢] فيه متى صحَّت التَّسمية، ونفذت بلا مانع، وهو العبد، فلزم العبد تسليم نفسه على تقدير أنَّه مثل الجارية، وقد عجز عن تسليم نفسه؛ لأنَّه عتق، فسلَّم قيمة نفسه.

بخلاف النِّكاح، والخلع، والصُّلح عن دم العمد على جاريةٍ بعينها؛ لأنَّها متى ردَّت بالعبد، وعجز الآخر عن تسليمها لزمه تسليم مثلها، ومثلها بحكم العقد ما جعل بإزائها من القصاص، أو البضع أو الطَّلاق، وقد عجز عن تسليم ذلك، فيجب تسليم مثل المستحقِّ، وهذه الحقوق لا قيمة لها ـ على ما عرف ـ في أنفسها، وإنَّما قيمتها [ما][٣] قوِّمت بالعقد، وإنَّما قوِّمت بما يسمَّى بإزائها، فصار[٤] المال المقابل بها قيمتها، فإذا وجب الرُّجوع بقيمة القصاص أو البضع أو الطَّلاق وجب الرُّجوع بما جعل بإزائها أو قيمتها.

* فإن قيل: فكذلك ههنا، لا قيمة للعتاق، والعوض هو العتاق.

---

[١] «أ» «ن» (الآخر)، والمثبت من «ص».
[٢] «أ» «ن» (عنه)، والمثبت من «ص».
[٣] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».
[٤] «أ» «ن» (صار)، والمثبت من «ص».

۞ قلنا: العوض المستحقُّ على المولى ـ في مسألتنا ـ ما تلف عليه بالإعتاق؛ لأنَّه لا يستحقُّ إلَّا في مقابلة ما كان له، والعتاق لم يكن له، إنَّما ذلك حكم تصرُّفه، وإنَّما كانت[١] له ماليَّة مملوكةً أتلفها بالإعتاق والماليَّة متقوِّمة.

ألا ترى أنَّ شاهدين لو شهدا على رجلٍ أنَّه أعتق عبده، وقضى القاضي [به][٢]، ثمَّ رجعا= ضَمِنا للمقضي عليه قيمة العبد.

وكذلك لو أكره رجلٌ رجلًا على إعتاق عبدٍ بعينه، فأعتقه= ضمن المكرِه له قيمته، وبمثله لو شهدا بالطَّلاق، أو العفو عن القصاص، أو أكره على ذلك، ثمَّ رجع الشُّهود[٣] = لم يضمن الشُّهود، ولا المكرِه شيئًا.

۞ فإن قيل: إنَّ العبد إنَّما يلزمه تسليم بدل الجارية في حقِّه، وفي حقِّه البدل هو العتاق، والعتاق ليس بمالٍ، ولا قيمة له؛ كالطَّلاق، والعفو عن القصاص.

۞ قلنا: إنَّ العقد إذا تمَّ مبادلة مالٍ بإسقاطٍ اعتبرت المبادلة بما كان، فسقط ـ لا بالحال[٤] بعد السُّقوط ـ؛ لأنَّه بعد السُّقوط عدم، والذي كان قبل السُّقوط ـ في مسألتنا ـ مالٌ متقوِّم، وفي باب الطَّلاق نكاح، وفي باب العفو قصاصٌ، وليسا بمالٍ ولا لهما قيمةٌ ـ على ما عُرف ـ.

فمحمَّد[٥] اعتبر ما يصل إلى العبد.

---

[١] «أ» «ن» (كان)، والمثبت من «ص».

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» «ن»، والمثبت من «ص».

[٣] في حاشية «أ» (فإن الشهود لا يضمنون شيئا).

[٤] «ص» (اعتبر المال بما كان يسقط إلا بالحال).

[٥] في حاشية «أ» (ابن الحسن).

وأبو حنيفة[١] اعتبر ما خرج عن ملك المولىٰ، وكان هذا أَوْلىٰ لوجهين:

أحدهما: أنَّ المعاوضة إنَّما تكون ببدلين، ولا شيء لا يكون بدلًا، فيعتبر[٢] ما قبل الإسقاط.

والثَّاني: أنَّ الرَّدَّ يجب لجبران حقِّ المولىٰ، فيُعتبر ما خرج عن المولىٰ ملكه؛ لينجبر حقَّه بعينه أو بدله.

❊ فإن قيل: هذا الاعتبار يؤدِّي إلىٰ الدَّور، فيسقط[٣].

وبيان ذلك: أنَّا متىٰ أوجبنا علىٰ العبد تسليم نفسه بدلًا عن الجارية، وقد عجز عن تسليم نفسه لزمه تسليم الجارية بدلًا عن نفسه، فلا يزال يدور.

❊ قلنا: لا يجب[٤]؛ لأنَّ الجارية واجبةٌ للمولىٰ بالعقد[٥]، والعقد باقٍ، فيلزم العبد تسليم بدل الجارية الواجبة بالعقد؛ فيجب البدل المسمَّىٰ بالعقد، وهو العبد، فأمَّا العبد نفسه فليس بواجبٍ للمولىٰ بالعقد حتَّىٰ يصار إلىٰ تقويم العبد فيه؛ بل يجب العبد للمولىٰ علىٰ أنَّه قيمة الجارية، فسقط اعتبار تقويم العبد فيما لم يجب بالعقد بنفسه.

❊ فإن قيل: هذا يبطل بما إذا اشترىٰ دارًا بعبد، وتقابضا، فأخذ الشَّفيع الدَّار بالشُّفعة، ثمَّ وجد البائع بالعبد عيبًا فردَّه، فإنَّه يرجع علىٰ المشتري بقيمة

---

[١] في «ص» (وأبو يوسف)، وفي حاشية «أ» (وهما اعتبرا).

[٢] «ن» (معتبر).

[٣] «أ» «ن» (فسقط)، والمثبت من «ص».

[٤] «ص» (لا يؤدي إلىٰ هذا).

[٥] «ص» (بحق العقد).

العبد؛ لا قيمة الدَّار[١]، خلافًا لزفر.

۞ قلنا: لأنَّ موجب هذا العقد في حقِّ البائع عند أخذ الشَّفيع الدَّار بالشُّفعة= قيمةُ العبد.

ألا ترىٰ أنَّ الشَّفيع لو أخذ الدَّار من البائع أخذها بقيمة العبد مع قيام العبد سليما[٢] عند المشتري، ولمَّا صار الموجب قيمة العبد في هذه الحالة لم يقع العجز عن تسليم الموجب[٣] الأصلي، فلا يصار إلىٰ قيمة العبد[٤] بحكم[٥] العقد، وهو الدار.

۞ فإن قيل: هذا يبطل بما إذا اشترىٰ عبدًا بجارية، وتقابضا، ثمَّ تقايلا، فقبض بائع العبدِ العبدَ، وهلكت الجارية عند مشتريها= لزمته قيمة الجارية؛ لا قيمة العبد.

۞ قلنا: لأنَّ الإقالة فسخٌ في حقِّ المتعاقدين، فلا تكون مبادلةً؛ بل إعادةً للملك القديم إلىٰ صاحبه، فتبقىٰ الجارية في حكم المقبوض بسوم البيع، أو عقدٍ فاسدٍ، فيكون عوضها ـ بحكم العقد ـ قيمتها، لا ما سمَّىٰ بإزائها.

۞ فإن قيل: هذا يبطل بما إذا كاتب عبده[٦] علىٰ جاريةٍ بعينها، فقبضها، ثمَّ ردَّها بعيبٍ؛ فإنَّه يرجع بقيمة الجارية، لا بقيمة العبد، وهذا إعتاقٌ بمالٍ بعد

[١] «ص» (الولد).
[٢] «أ» «ن» (تسليمًا)، والمثبت من «ص».
[٣] «ص» (الواجب).
[٤] «ص» (بدل العبد).
[٥] «أ» «ن» (لحكم)، والمثبت من «ص».
[٦] «ص» (كانت عنده).

القبض بلا إشكالٍ.

❁ قلنا: من مشايخنا من يقول: إنَّه على الاختلاف؛ ولكن ظاهر الرِّواية يدلُّ على الوفاق.

ووجه ذلك: أنَّ الكتابة تنعقد بالجارية على فكِّ الحجر عن الأكساب[١]، واليد للعبد، فلم يكن الزَّائل بهذا العقد معنًى متقوّمًا؛ لأنَّ الماليَّة المتقوّمة في العبد ورقبته مملوكةٌ للمولى كما كانت، وإذا لم يكن ما سقط عن المولى بالكتابة متقوِّمًا اعتبر بدل الكتابة ببدل النِّكاح؛ لا بدل العتاق.

❁ فإن قيل: لو شهد شاهدان بالكتابة، وقضى القاضي به، ثمَّ رجعا= ضمنا.

❁ قلنا: لأنَّهما بالكتابة منعا العبد عن المولى، والعبد متقوّم؛ وهذا كما يضمن الغاصب بإزالة اليد[٢] دون الملك، غير أنَّ المعاوضة في الكتابة ليست بالرَّقبة المتقوّمة؛ بل بما زال عن المولى من اليد، ونفس اليد غير متقوّمة، والتقوُّم كان لما في اليد.

والصَّحيح: أن تكون مسألة الكتابة على الاختلاف؛ لأنَّ الكتابة عند الأداء تتمُّ مبادلة مالٍ بالعتاق، والخلاف بعد الأداء، ومحمَّد كثيرًا ما يستشهد بالمختلف فيه، والله أعلم.

|٩٩٢| مسألةٌ: إذا اشترى شيئًا لا يُطَّلع على عيبه إلَّا بعد الكسر ـ أو القطع ـ لم يكن له الرَّدُّ بالعيب إذا كسر[٣].

---

[١] «ص» (الاكتساب).

[٢] «ص» (البدل).

[٣] في «ص» وحاشية «أ» (بعد الكسر).

وقال الشَّافعي: يملك ذلك(١).

لأنَّ البائع لمَّا باع مع علمه بأنَّ الرَّدَّ بالعيب حقُّ المشتري إذا اطَّلع عليه، ولا اطِّلاع عليه إلَّا بعد الكسر= صار راضيًا بالرَّدِّ عليه بعيب الكسر.

إلَّا أنَّا نقول: بأنَّ الكسر في الأصل تغيُّرٌ إلىٰ نقصان؛ لأنَّ ماليَّة الجوز قبل الكسر غير ماليَّة اللُّب بعد الكسر، ولا إشكال في البطِّيخ والقثَّاء ـ ونحوهما ـ أنَّ القطع نقصانٌ في الماليَّة، والنُّقصان عند المشتري يمنع الرَّدَّ بالعيب إلَّا برضىٰ البائع.

وقوله: «بأنَّ البائع راضٍ» من الوجه الذي قاله، فمقابلٌ بقولنا: إنَّ المشتري لمَّا اشترىٰ مع علمه بأن[٢] لا يطَّلع علىٰ عيبه إلَّا بعد التَّعييب، وإنَّ التَّعييب مانعٌ من الرَّد، فقد رضي بأن لا يردَّه بالعيب، ثمَّ جانب ضرر[٣] البائع بعيب المشتري أولىٰ من ضرر جانب المشتري بعيب البائع؛ لأنَّ المشتري يرجع بحصَّته من الثَّمن، فلا يهدر حقَّه، والبائع لو ردَّ عليه لم يرجع البائع بشيء، فيهدر حقَّه أصلًا، والله أعلم.

---

(١) للشافعية في ذلك تفصيل؛ فإن لم يكن لمكسوره قيمة، كبيض الدجاج إذا خرج فاسدًا، فإن البيع باطل.
وإن كان لفاسده قيمة، كالرمان والبطيخ إذا خرج حامضًا أو مدودًا، فينظر فيه: فإن كسر قدرًا لا يتوصل إلىٰ معرفة المبيع إلا به، مثل: كسر الجوز واللوز والرانج، فإنه لا يمكن معرفة ما فيه إلا بكسره نصفين، ففي الرد ـ في هذه الحال ـ قولان: أحدهما: يمنعه من الرد، وهو اختيار المزني، والقول الثاني: أن ذلك لا يمنعه من الرد. قال الشيخ أبو حامد: وهو الصحيح. وفي رد أرش الكسر في هذه الصورة قولان.
انظر: الأم «للشافعي» (٦٧/٣)، و«مختصر المزني» (١٨١/٨)، و«البيان» للعمراني (٣٠٩/٥)، و«روضة الطالبين» (٤٨٦/٣).

[٢] في حاشية «أ» (بأنه).

[٣] «ص» (صار ضرر).

فَصْــلٌ
في معرفة ما هو عيب

قال علماؤنا: التَّصرية ليست بعيب.

وقال الشَّافعي: عيب، فإن شعر بها بعد الحلب ردَّها، وردَّ معها صاعًا من تمرٍ بإزاء اللَّبن[1].

وكذلك إذا اشترىٰ عبدًا به أثر الكتابة، والبائع كان احتال بذلك الأثر، فهو علىٰ ذلك الاختلاف.

واحتجَّ فيه بما روىٰ أبو هريرة عن النَّبي ﷺ: «من اشترىٰ شاةً فوجدها محفَّلةً فهو بخير النَّظرين إلىٰ ثلاثة أيَّامٍ، إن رضيها أمسكها وإن سخطها ردَّها وردَّ معها صاعًا من تمرٍ»[2].

فهذا نصٌّ في الباب لا يحتمل التَّأويل، وهو حديث صحيحٌ أورَدَه صاحبنا وصاحبكم في البيوع.

وقولكم: بأنَّ هذا الحديث ورد بخلاف القياس فلا يضرُّنا؛ لأنَّ القياس يترك بالحديث علىٰ أنَّه لا خلاف، أمَّا التَّوقيت فليس للخيار؛ ولكن لظهور العيب، فعيب التَّحفيل لا يظهر بدون ثلاثة أيَّام، وبدون ثلاث حلبات؛ لأنَّ الحلبة الأولىٰ لا تُعلم شيئًا، والحلبة الثَّانية ـ وإن انتقصت ـ فلا يتحقَّق بها

(١) انظر: «مختصر المزني» (٨/١٨٠)، و«المهذب» للشيرازي (٢/٤٧).
(٢) سبق تخريجه.

العيب لجواز أنَّ النُّقصان كان لعارضٍ، فإذا جاءت الحلبة الثَّالثة علىٰ قدر الثَّانية تحقَّق أنَّ ذلك هو العادة، ولم يكن النُّقصان لعارضٍ، وأمَّا اللَّبن، فسبيل الموجود وقت البيع الرَّد؛ لأنَّه ممَّا دخل تحت العقد كالصُّوف؛ غير أنَّ اللَّبن في الأغلب لا يحفظ وحده؛ بل يخلط بغيره، أو يتلف، فلا يتصوَّر ردُّه عادةً.

فأجاب الرَّسول ﷺ علىٰ ما عليه العادة بردِّه قيمة اللَّبن، فقوَّمه بصاعٍ من تمرٍ، فكان هذا القدر حكمًا ثبت بخلاف القياس شرعًا، وغير ذلك قياس.

والمعنىٰ في المسألة: أنَّ الغزارة صفةٌ زائدةٌ للحلوب؛ كالكتابة للعبد، والغزارة مرَّة تعرف بالنَّصِّ، ومرَّةً بالتَّحفيل، وانتفاخ الضَّرع باللَّبن بسبب التَّحفيل أدلُّ علىٰ الغزارة من النَّص علىٰ الغزارة، فإذا كان الاجتماع بفعلٍ من البائع، وإنَّه دليلٌ علىٰ الغزارة صار بمنزلة ثبوت الغزارة بدليل نصِّه، ولو باع علىٰ أنَّها غزيرة اللَّبن؛ أو باع عبده علىٰ أنَّه كاتب، فإذا ليس كذلك فإن فوت ما شرط له من الصِّفة المرغوب فيها يجرىٰ مجرىٰ العيب، فكذلك هذا.

فأمَّا إذا اجتمع اللَّبن لا بصنع البائع، فليس يوجد من قبله ما يجعله[١] شرطًا لهذه الزيادة، فلا تصير مبيعة بمطلق التَّسمية إلَّا ما دخل تحت الاسم، فلا يصير فوت ما لم يدخل تحت التَّسمية عيبًا[٢].

بخلاف ما لو عظم بطنها بالعلف حتَّىٰ اشتراها علىٰ تقدير أنَّها حامل؛ لأنَّ الشِّراء بشرط أنَّها حامل لا يصحُّ، ولا تصير صفة الحمل ممَّا يجب تسليمه[٣]

---

[١] «ن» (يحفله).

[٢] «ص» (عينا).

[٣] «أ» «ن» (تسليمها)، والمثبت من «ص».

بالشَّرط[١]، فكذلك بالفعل، فيكون عدم الحكم بعدم العلَّة دليل الصحَّة.

وقد سمعت **بعضهم** يقول: إذا علف الدَّابة حتَّىٰ انتفخ بطنها، ثمَّ باع ـ علىٰ ترويج أنَّها حامل ـ يكون عيبًا، ويردُّ به، وذهب إلىٰ طريقةٍ أخرىٰ، وهي: إن غرَّ المشتري بذلك الصُّنع، فيكون [وبال][٢] الغرور عليه، وذلك بأن يجعل ما أظهر بغروره في حكم صفةٍ مشروطةٍ للمشتري شرطًا صحيحًا، فأمَّا إذا لم يكن بصنع البائع، فلا يصير غارًّا؛ بل يصير المشتري مُغترًّا[٣] بنفسه، فيكون وبال ذلك عليه دون البائع، والوجهان جميعًا بابان من الفقه؛ كما إذا اشترىٰ جارية، واستولدها، ثمَّ استحقَّت، وضمن قيمة الولد= رجع علىٰ البائع بالغرور؛ كأنَّه ضمن له سلامة الولد بالشَّرط، وإن لم يضمن لدلالة الحال عليه من بيعه الثَّابت بقوله.

ووجه ما ذهب إليه علماؤنا: أنَّ التَّصرية لاجتماع اللَّبن، والاجتماع بنفسه لا يكون عيبًا، فكذلك الجمع أو التَّصرية لبسٌ[٤] علىٰ النَّزارة[٥]، والنَّزارة ليست بعيب في نفسها، فإنَّه لا يجب الرَّدُّ بسبب النَّزارة بلا تصرية، وهذا لا شكَّ فيه، فالعيب عنده في فوت ما ظهر بالاجتماع، وقد صارت تلك الزِّيادة كالمشروطة، فلا يجوز أن يكون عيبًا من هذا الطَّريق من وجوه:

أحدها: أنَّ المذهب ـ **عندنا** ـ أنَّ من عرض عبده وقال: «إنَّه كاتب»، أو

---

[١] «ص» (فلا يشترط).

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

[٣] «أ» «ن» (معتبرا)، والمثبت من «ص».

[٤] كلمة غير واضحة في حاشية «أ».

[٥] «ص» (وكذلك الجمع والتصرية لتبيين النزارة...).

عرض شاةً أو بقرةً[١] وقال: «إنَّها غزيرة[٢] اللَّبن» ؛ ثمَّ باع ، ولم يشترط الكتابة والغزارة ، ثمَّ تبيَّن أنَّه ليس بكاتب= لم يردَّ عليه .

فكذلك إذا أظهر هذا[٣] الوصف بفعله إنَّما يردُّ عليه إذا باع على أنَّه كاتب ؛ لأنَّ «عليَّ» كلمة شرطٍ والتزام[٤] ، فيلزمه التَّسليم بذلك الوصف ، والفعل الذي وُجد من البائع دليل الإظهار للتَّرويج ، لا دليل التَّحقيق والالتزام ، فلا يلزمه التَّسليم بذلك الوصف ، فلا يصير فوته عيبًا .

والثَّاني: أنَّ البيع[٥] بشرط أنَّها غزيرة اللَّبن باطل ؛ لأنَّ غزارة اللَّبن عبارةٌ عن كثرة اللَّبن ، واللَّبن من ثمرات الشَّاة [أو البقر][٦] ، فيكون تبعًا للعين ، بشرط تحصيل الثَّمرة المبتغاة منه[٧] وتسليمها[٨] ، فيكون فاسدًا ؛ لأنَّ الثَّمرة معدومةٌ غير داخلةٍ تحت العقد ، وكان بمنزلة ما إذا باع عبدًا بشرط: أنَّه يكتب كلَّ يوم كذا وكذا ورقةً ، أو شاةً بشرط: أنَّها حامل ؛ لأنَّ الولد ثمرة الشَّاة ، وقد شرط تسليمها بالولد ، ولا يدرى قيام الولد ؛ كما لا يدرى وجود أجزاء اللَّبن التي هي عبارةٌ عن الغزارة .

بخلاف ما إذا اشترى عبدًا على أنَّه كاتبٌ ؛ فإنَّه عبارةٌ عن علم الكتابة دون

---

[١] «أ» «ن» (أو شاة) ، والمثبت من «ص» .

[٢] في حاشية «أ» (الغزيرة: الكثيرة الدر) .

[٣] «ص» (بعد) .

[٤] «ص» (وإلزام) .

[٥] «أ» «ن» (المبيع) ، والمثبت من «ص» .

[٦] ما بين [ ] ليس في «ص» .

[٧] «ن» (المبتاعة) .

[٨] «أ» «ن» (وتسليمه) ، والمثبت من «ص» .

الفعل، والعلم صفةٌ قائمةٌ يزداد به معنى الماليَّة للأصل، لا عن نفس الكتابة التي هي ثمرة العبد الكاتب، والغزارة بمنزلة حقيقة الكتابة، وشرط حقيقة الكتابة يفسد العقد، إنَّما لا يفسده شرط العلم[١].

والثَّالث: أنَّ الفعل لا يصير كالنَّص؛ لأنَّ النَّص على الغزارة لا يحتمل غير ذلك، وانتفاخ الضَّرع يحتمل الغزارة [وغيرها][٢] والاجتماع بالحلبة[٣]، والمحتمل لا يكون حجَّةً، والنَّصُّ المحكم يكون حجَّة، فلم يجز اعتبار أحدهما بالآخر.

وأمَّا فصل الغرور فضعيفٌ؛ لأنَّ المشتري مغترٌّ[٤] في البناء على الانتفاخ، وإنَّه يحتمل الغزارة وغيرها؛ بل جهة التَّحفيل أغلب على ما عليه عادات الباعة في ترويج السِّلع [بالحِيَل][٥].

وهذا كرجلٍ يقول لآخر: «كُلْ هذا الطَّعام، فإنَّه لي»، فأكل. أو وهب جاريةً، فاستولدها الموهوب له، ثمَّ جاء المستحقُّ= لا يضمن الواهب والآكل[٦] شيئًا؛ لأنَّ الفاعل مغترٌّ[٧] فيما صدقه مع احتمال كلامه الصِّدق والكذب، وإن كان بنفسه نصًّا[٨] على أنَّه ملكه، فكيف في مسألتنا؟! ـ ونفس الانتفاخ محتملٌ.

---

[١] «أ» (العمل)، والمثبت من حاشيتها.

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» «ن»، والمثبت من «ص».

[٣] «أ» «ن» (بالحجلة)، والمثبت من «ص».

[٤] «أ» «ن» (معتبر)، والمثبت من «ص»، وحاشية «أ».

[٥] ما بين [ ] ليس في «أ» «ن»، والمثبت من «ص».

[٦] في حاشية «أ» (والآمر).

[٧] «ن» (معبر).

[٨] «ن» (بين نصا).

والشَّافعي يخالفنا في الواهب، والحجَّة ما قلناه[١].

بخلاف ما إذا اشترىٰ جارية، فاستولدها، ثمَّ استحقَّت[٢] = رجع المشتري علىٰ البائع بقيمة الولد بحكم الغرور ـ وإن احتمل كلام البائع الكذب ـ، كما لو كان واهبًا؛ لأنَّ الغرور ما ثبت بالعلَّة التي تحتمل الملك وغيره؛ بل بما يلزمه من الثَّمن بالعقد، فإنَّه لا يلزم إلَّا عن تملُّك المبيع، واللُّزوم لا يحتمل غير جهة الملك، فصار كالشَّرط.

والدَّليل علىٰ ضعف هذا القول أنَّه يقول: يردُّها، ويردُّ معها صاعًا من تمرٍ بإزاء اللَّبن، واللَّبن الذي يحلب بعد الشِّراء والقبض لا يكون مضمونًا علىٰ المشتري بحالٍ؛ لأنَّه فرع ملكه الصَّحيح، فلا يضمن بالتَّعدِّي لعدم التَّعدِّي، ولا يضمن بالعقد فإنَّ ضمان العقد ينتهي بالقبض.

ألا ترىٰ أنَّه لا يضمن اللَّبن الذي يحدث بعد القبض، [فكذلك اللَّبن الذي كان حين العقد ـ ثمَّ حلب بعد القبض ـ؛][٣] لأنَّ الذي كان لم يكن يُعدُّ مالًا ـ وهو باطن ـ كالحبل، وإنَّما يصير مالًا بالحلب، فلا يدخل تحت العقد، وهو في حكم ما ليس بمال، فيصير بمنزلة الحادث بعد القبض، ويصير كالكسب.

ولَئِنْ كان مالًا كان صفة للشَّاة، فيعتبر مالًا تبعًا؛ كالصُّوف، فلا يكون له حصَّة من الثَّمن ما لم يزايل الأصل.

ألا ترىٰ أنَّه لو زايل الأصل قبل القبض بآفةٍ لم يسقط بإزائه[٤] شيءٌ من

---

[١] في حاشية «أ» (ذكرناه).

[٢] «أ» «ن» (استحقَّ)، والمثبت من «ص».

[٣] ما بين [ ] ليس في «ص».

[٤] «أ» «ن» (بإزاء)، والمثبت من «ص».

الثَّمن، فكذلك إذا قبض ـ والوصف متَّصلٌ بالأصل ـ كذلك[١] تبعٌ لا يصير له حصَّة من الثَّمن؛ كما لم يصر بنفس العقد، وإذا لم يصر له حصَّة من الثَّمن أشبه ما يحدث بعد العقد والقبض.

ولا يقال: إنَّ الوصف عندنا له حصَّة من الثَّمن بالعقد؛ لأنَّ الثَّمن متىٰ قابله[٢] صار بنفسه مبيعًا، بنفسه ركنًا، فالركن المبيع حُدّ إلَّا بمقابلة الثَّمن إيَّاه، وإنَّه لا يجوز؛ كما لو باع الوصف وحده لم يجز، ولو كان هكذا لجرىٰ عليه الفسخ قصدًا، ولئن جاز أن يقابله الضَّمان، فهو ضمان العقد، فإذا امتنع يجب أن يسقط عن البائع حصَّته من الثَّمن؛ كما لو اشترىٰ شيئين ثمَّ ردَّ أحدهما.

ولئن كان ضمانَ التَّعدي فيجب[٣] أن يضمن مثل اللَّبن كيلًا أو دراهم، فأمَّا الصَّاع من التَّمر بلا تقويم، فلا وجه له في الشَّرع؛ ولأنَّه يضمن مع قيام اللَّبن، وهذا أمرٌ فاسد، فثبت أنَّ التَّفريع باطل، فاستدلَّ به أنَّ الأصل باطل.

فثبت أنَّ هذه مسألةٌ لا وجه للشَّافعي فيها من طريق القياس، وإنَّما قاله نصًّا، فنحتاج أن نجيب عنه فنقول: إنَّ الأصل عندنا في روايات [أبي هريرة][٤] أنَّها تردُّ بالقياس الصَّحيح، وأنَّ القياس أوْلىٰ منها[٥]، فلا يلزمنا. وهذه المسألة من أصول الفقه ذكرناها في موضعها، وقد ذكرنا أنَّ ردَّ صاعٍ من تمرٍ بإزاء اللَّبن

---

[١] «ص» (بذلك).

[٢] في حاشية «أ» (قوبل به).

[٣] «ص» (وجب).

[٤] ما بين [ ] ليس في «ن».

[٥] «أ» «ن» (منه)، والمثبت من «ص».

أمرٌ بخلاف القياس؛ ولأنَّ ظاهر الحديث يدلُّ على توقيت خيار العيب[١]؛ ولأنَّا ذكرنا أنَّ القياس لا يجعل التَّصرية عيبًا على ما بيَّنا.

وإذا وجب الرَّدُّ بالقياس بظاهره طُلب له تأويل ـ وإن بَعُد ـ احترازًا عن الرَّد، وهو أنَّ الخصومة كانت واقعة في شاة مشتراة محفَّلَة، فندب النَّبي ﷺ البائع إلى الاسترداد صلحًا، لا حكمًا، فأبى[٢]؛ بعلَّة اللَّبن في ثلاثة أيَّام، فزاده[٣] النَّبي ﷺ بذلك السَّبب صاعًا من تمرٍ، فقبل البائع الشَّاة والتَّمر، وردَّ الثَّمن[٤] صلحًا، فكان الشِّراء مبتدأً ـ وإنَّه جائزٌ عندنا ـ، فظنَّ الرَّاوي أنَّه كان حكمًا، وكانوا يستجيزون نقل الخبر بما عندهم من المعنى، فنقل على ما ظنَّ بعبارته، والله أعلم.

[٩٩٣] مسألةٌ: إذا اشترى عبدًا حلال الدَّم، فقُتل عند المشتري كان بمنزلة الاستحقاق عند أبي حنيفة حتَّى يرجع على البائع بالثَّمن[٥].

وقال صاحباه: لا.

لأنَّه بمنزلة العيب يقوَّم حلالًا وحرامًا، فيرجع بفضل ما بينهما؛ كما لو وجد به[٦] عيبًا آخر.

---

[١] «ص» (البيع).
[٢] «ص» (فأبا).
[٣] «أ» (فزاد)، والمثبت من «ص».
[٤] «أ» «ن» (التَّمر)، والمثبت من «ص».
[٥] «ن» «ص» (عند أبي حنيفة يرجع بالثمن).
[٦] «ن» (وجدته).

أمَّا بيان أنَّه عيبٌ ، فلا شكَّ[١] فيه ؛ لأنَّ العبد السَّارق الذي حلَّت يده ، أو القاتل الذي حلَّ دمه لا يشترىٰ[٢] بالذي[٣] هو سليم[٤] ، فإنَّ هذا المعنىٰ أشدُّ من المرض ، وإنَّه عيب[٥] .

وإنَّما الشُّبهة في بيانٰ أنَّه استحقاقٌ فوق العيب أم لا ؟ فنقول: إنَّه ليس باستحقاق ؛ لأنَّ تلف الماليَّة لم يكن يوجب[٦] العقوبة ؛ بل كان بالاستيفاء ؛ بدليل: أنَّ المال لا يستحقُّ عقوبة .

ألا ترىٰ أنَّ البهائم لا يجب عليها عقوبة ، ولما ذكرنا ـ في الحدود والدِّيات ـ: أنَّ العقوبات تتعلَّق بكون[٧] الإنسان مخاطبًا ، وكونه مالًا سببٌ لسقوط الخطاب ؛ كما في البهائم .

وبدليل: أنَّ المشتري إذا اشترىٰ العبد ووليُّ القصاص يأباه ، صحَّ البيع ، وملكه[٨] ، ولو كان حقُّه فيما اشتراه لما صحَّ ؛ كحقِّ الرَّهن ونحوه ، فثبت أنَّ التَّلف كان بالاستيفاء لا غير ، والاستيفاء حدث عند المشتري باختيار الوليِّ ذلك حينئذٍ ، فلا يستند إلىٰ ما قبل ذلك ، وإذا لم يستند الاستيفاء لم يستند التَّلف .

وكان هذا بمنزلة ما لو باعه زانيًا ، فجلد عند المشتري ، فمات منه= لم

---

[١] «ص» (إشكال) .
[٢] «ص» (يشترىٰ به) .
[٣] في حاشية «أ» (كالذي) .
[٤] «ن» (تسليم) .
[٥] في حاشية «أ» زيادة (بالإجماع) .
[٦] في «ص» «أ» (بوجوب) .
[٧] في حاشية «أ» (من قام عليه مخاطبا) .
[٨] «ص» زيادة (المشتري) .

يرجع الثَّمن لهذا المعنىٰ.

وكذلك العبد السَّارق إذا قُطعت يده، فمات منه= لم يرجع بكلِّ الثَّمن بلا خلافٍ.

ولا يلزم إذا استحقَّ العبد مالكٌ أو مرتهنٌ أو صاحب دين علىٰ العبد، فإنَّ البيع ينتقض[١]؛ لأنَّ هذه الحقوق تمنع نفاذ البيع إلَّا إذا أسقطت، وإذا أبوا الإجازة[٢] ـ ولم تسقط حقوقهم ـ [لم][٣] تنفذ لانعدام علَّة النَّفاذ، وههنا هذا الحقُّ لا يمنع النَّفاذ.

ولأنَّ الماليَّة في الاستحقاق تبيين[٤] أنَّها كانت فائتة عن البائع؛ لا أنَّها فاتت في ملك المشتري، وكذلك في الرَّهن والدَّين؛ لأنَّ المشتري لا يملك مع هذه الحقوق.

ولأنَّ هذه الحقوق كانت ثابتةً في الماليَّة التي تعلَّق بها الشِّراء، وكانت قبل الشِّراء، فلم يكن الفوات بالاسترداد؛ بل بالحقوق نفسها، وههنا أصل الحقِّ كان فيما ليس بمالٍ على ما بيَّنا، وعلى ما لم يتناوله الشِّراء، وإنَّما الاستيفاء تناول[٥] الماليَّة.

ولا يلزم إذا اغتصب [عبدًا][٦]، ثمَّ ردَّه[٧] حلال الدَّم، فقتل[٨] عند المولىٰ=

---

[١] «أ» «ن» (ينتقص)، والمثبت من «ص».

[٢] في الأصول (الإجارة)، والأقرب أنه تصحيف.

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» «ن»، والمثبت من «ص».

[٤] «ص» (تبين).

[٥] «ص» (بأول).

[٦] ما بين [ ] ليس في «ص».

[٧] «أ» (ثمَّ ردَّ عبدًا، ثمَّ ردَّ)، «ن» (ثم رد)، والمثبت من «ص».

[٨] «أ» «ن» (فقبل)، ولم تضبط في «ص».

رجع بالقيمة؛ لأنَّا أجمعنا أنَّه لو ردَّه، وقد زنا[١]، فجلد، فمات منه= رجع المولىٰ بالقيمة، وفي مسألتنا لا يرجع؛ وهذا لأنَّ التَّسليم بحقِّ الشِّراء تمَّ[٢] مع السَّرقة والقصاص؛ لأنَّه عيبٌ قبل الاستيفاء بالإجماع، والعيب لا يمنع تمام القبض ـ علىٰ ما مرَّ ـ، والرُّجوع بالثَّمن إنَّما يكون بالانتقاض[٣] بعد التَّمام، وذلك بالفوات، والفوات كان بسببٍ بعد القبض، فلا ينتقض[٤] به القبض.

فأمَّا في باب الغصب فالرَّد لا يتمُّ مع قيام سبب العقوبة؛ لأنَّه ردٌّ علىٰ سبيل الخروج عن عهدة الغصب، وذلك بإعادة يده[٥]؛ كما كانت قبل الغصب، وكان سقوط ضمان الغصب بهذا الرَّدِّ موقوفًا علىٰ سقوط حكم هذه الأسباب الطَّارئة عند الغاصب، فإذا لم يسقط عدم الرَّد المستحقِّ عليه الذي يبرئه عن عهدة الضَّمان، فبقي تحته، فهذا هو الفرق بين تسليم الغاصب، وتسليم البائع.

ولأبي حنيفة: أن تلف الماليَّة كان بسببٍ قبل البيع فيبطل به البيع؛ كالاستحقاق أو بطلان يد المشتري بالتَّلف كان بسببٍ قبل البيع، فأشبه[٦] الاستحقاق.

والدَّليل عليه: أنَّ القتل العمد يوجب القصاص، والقصاص يوجب التَّلف، فيصير القصاص مع التَّلف حكمين للقتل العمد، علىٰ ما بيَّنا ـ في شراء القريب ـ

[١] «أ» «ن» (وقدرنا)، والمثبت من «ص».
[٢] «أ» «ن» (ثمَّ)، والمثبت من «ص».
[٣] «أ» «ن» (بالانتقاص)، والمثبت من «ص».
[٤] «أ» «ن» (ينتقص)، والمثبت من «ص».
[٥] «ص» (بإعادته).
[٦] «ص» (بسبب).

أَنَّه إعتاق، وفي الرَّمي[١] أَنَّه قتل؛ لأَنَّه أوجب مضي السَّهم، والمضي أوجب القتل.

وقد ذكرنا في أصول الفقه: أنَّ السَّبب الموجبَ [له][٢] حكم العلَّة، والسَّبب الموجب: ما يوجب حكمًا بواسطةٍ وجبت به، والقتل العمد ههنا أوجب تلف القاتل بواسطة الاستيفاء الواجب به.

❁ فإن قيل: الاستيفاء غير واجب، وإنَّما يحصل باختيار من الوليِّ.

❁ قلنا: ما كان من حقوق الله تعالىٰ فالاستيفاء واجب علىٰ القاضي[٣]، لا يمكنه التَّرك بحالٍ شرعًا؛ فيصير كالمكره حسًّا، علىٰ ما بينا في مسألة [شهود][٤] القصاص إذا رجعوا.

ولهذا يجب ضمان ما أتلف القاضي علىٰ الشُّهود إذا رجعوا؛ لأنَّ القاضي كان مجبرًا علىٰ القصاص من جهتهم، فانتقل الإتلاف إليهم، وكذلك الوليُّ؛ لأنَّ القصاص حقُّه، ولا يمكنه الإعراض عنه إلَّا بفوت حقِّه، وإذا لم يتمكَّن من صدِّ[٥] القتل إلَّا بترك الحقِّ لم يسمَّ مختارًا بين التَّرك والفعل؛ كمن أكره علىٰ فعل بتهدُّد إتلاف المال عليه.

وهذا بخلاف ما إذا كان زانيًا، فجلد عند المشتري، فمات منه[٦]؛ لأنَّ

---

[١] «ص» (الذمي).

[٢] ما بين [ ] ليس في «ص».

[٣] «ص» (القصاص).

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

[٥] «ص» (ضد).

[٦] «أ» «ن» (عنه)، والمثبت من «ص».

الواجب بالزِّنا حدٌّ غير جارحٍ ولا متلِف، والزِّيادة كانت من خُرق الجلَّاد، أو ضعف المجلود، فلم تكن تلك الزِّيادة مستوفاةً حدًّا، فلا تضاف إلىٰ الزِّنا،

وكذلك إذا اشترىٰ جاريةً حاملًا، فولدت، فماتت= لم يبطل البيع؛ لأنَّ الواجب بالحبل انفصال الولد، لا موت الأمِّ، والموت إنَّما يحدث بزيادة معنىٰ ليس بولادٍ؛ كما قلنا في موت المجلود، فلا يصير واجبًا بالولادة.

ومنهم من روىٰ عن أبي حنيفة الرُّجوع بالثَّمن في الموت عن الولادة، فهما مالا إلىٰ التَّلف كان بالاستيفاء، والاستيفاء باختيارٍ من المستوفي معتبرٌ؛ لأنَّ الوجوب لا يولِّد[١] الاستيفاء لا محالة من حيث لا يبقىٰ للمستوفي خيارٌ معتبرٌ شرعًا؛ بل للولِّي[٢] العفو، وللقاضي طلب المخلص بالسنة، بخلاف شراء القريب؛ لأنَّ ملك الأب يولد العتق لا محالة، والشِّراء علَّة الملك بلا اختيارٍ لأحدٍ.

وبخلاف حفر البئر والسُّقوط فيه؛ لأنَّ الحفر بعد السُّقوط يصير سبب إتلافٍ بأن صار الحافر بالحفر بمنزلة الدَّافع حكمًا، وبعد الدَّفع لا اختيار لأحدٍ في الإتلاف، فأُضيف إليه، وإنَّه أمرٌ ظاهرٌ[٣].

وأبو حنيفة أسقط هذا الاختيار [حكمًا][٤] للمعنىٰ الذي قلناه، وهذا أمرٌ معنوي[٥].

---

[١] «ص» (يؤكد).

[٢] في حاشية «أ» (فللولي).

[٣] في حاشية «أ» (معنوي).

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» «ن»، والمثبت من «ص».

[٥] في حاشية «أ» زيادة (وكل ذلك حسن).

|٩٩٤| **مسألةٌ**: إذا اشترىٰ أرضًا ونخلًا، فأثمرت النَّخل، فاستهلكها البائع، ولا ينقص الأصل شيئًا قبل التَّسليم= لم يخير[١] عند أبي حنيفة.

وعندهما: يخيَّر.

[وكذلك إذا اشترىٰ أمةً ثيِّبًا فوطئها البائع قبل التَّسليم لم يخيَّر عند أبي حنيفة.

وعندهما: يخير][٢].

لأن المستوفىٰ بالوطء في حكم العين، وإنَّه ممَّا لم يستحقَّ بأصل البيع ولا نقص[٣][٤] شيئًا من أصل البيع، فأشبه الثَّمرة الحادثة بعد العقد.

وجه قولهما ظاهرٌ؛ وهو: أنَّ الفائت بالاستهلاك من الثَّمرة بعض المعقود عليه؛ بدليل: أنَّ بعض الثَّمرة سقط بإزائه[٥]، فيعد عيبًا لتفرُّق الصَّفقة؛ كما لو كانت الثَّمرة موجودةً عند العقد؛

بخلاف ما لو هلكت[٦] الثَّمرة بآفةٍ سماويةٍ ولم تنقص غلَّتها[٧]؛ [لأنَّها][٨] إذا حدثت بعد العقد، وهلكت قبل القبض صارت كأن لم يكن.

---

[١] زاد في «ص» وحاشية «أ» (المشتري)، وفي «ص» (يجبر في هذا الموضع وما بعده).

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من حاشيتهما.

[٣] «أ» «ن» (يقضىٰ)، والمثبت من «ص».

[٤] في حاشية «أ» (نقص).

[٥] «ص» (تسقط بإرادته).

[٦] «أ» «ن» (هلك)، والمثبت من «ص».

[٧] «أ» «ن» (ولا ينقص)، والمثبت من «ص».

[٨] ما بين [ ] ليس في «ص».

ألا ترى أنَّه[1] لا يقابلها شيءٌ من الثَّمن ؛ لأنَّ الدُّخول تحت العقد إنَّما يكون بالعقد أو القبض ، فإذا انعدم عندهما جميعًا سقط اعتباره أصلًا ، فأمَّا الاستهلاك ؛ فقبضٌ وتقريرٌ لحكم العقد ؛ بدلالة مقابلة الثَّمن إيَّاه ، فيكون فواته عيبًا [فوق فوات وصفٍ لا يقابله شيءٌ من الثَّمن][2].

ولأبي حنيفة: أنَّ فوات الثَّمرة بنفسها لا يكون عيبًا ، فالإفاتة لا تكون تعييبًا لا شكَّ فيه ؛ كما مر في مسألة التَّصرية .

فأمَّا قولهما[3]: «إنَّه عيب بسبب تفرُّق الصَّفقة» ، فضعيفٌ ؛ لأنَّ تفرُّق الصَّفقة إنَّما عُدَّ عيبًا لضررٍ يلحق المشتري في فوت بعض ما رغب في الشِّراء لقيامه[4] ، لا[5] لسقوطِ بعض الثَّمن عنه ، فإنَّه يقع ، وههنا كلُّ ما رغب في شرائه لأجله قائمٌ ، إنَّما فات منه قدر ما يفوت بالآفة[6] السَّماويَّة ، وإنَّه زيادةٌ على ما رضي له بدونه ، فلم يثبت الخيار بسببه ؛ كما لو فات بآفةٍ ، ولا يثبت بسقوط الثَّمن ؛ لأنَّه يقع .

ولا فرق بين الهلاك بآفةٍ والاستهلاك[7] إلَّا بسقوط بعض الثَّمن ، فلا يُعتبر عيبًا ولا يُخيَّر لأجله ، فصار هذا تفرُّق[8] صفقة ينفع المشتري ، ولا يضره ، على

---

[1] «أ» «ن» (أنها) ، والمثبت من «ص» .

[2] ما بين [ ] ليس في «ص» .

[3] «أ» «ن» (قوله) ، والمثبت من «ص» .

[4] «ص» (في البيع بقيامه) .

[5] «ن» (لا) .

[6] «أ» «ن» (الآفة) ، والمثبت من «ص» .

[7] «ص» (والإهلاك) .

[8] «ص» (تفريق) .

ما رضي به ابتداءً، فلم يعتبر عيبًا.

كالوكيل بالشِّراء بألفٍ إذا اشترىٰ بخمسمائة، أو بالبيع إذا باع بألف وخمسمائة= لا يعد خلافًا، وتصرُّفًا بغير رضاه ـ وإن تصور كذلك صورة ـ؛ لأن بيان العذر[١] لدفع الضرر، لا لدفع النفع[٢]، وهو بهذا الخلاف[٣] نفعه، فلم يعتبر خلافًا خاصة في الوطء؛ فإنه في حكم استيفاء عينٍ ليس بمالٍ، فلا يقابله الثَّمن بوجهٍ، ولا يجوز أن يضمن القيمة كما لو قطع يدها أو استهلك جميعها؛ ولأن ضمان القيمة لا يجب بالإجماع، والله أعلم.

[١] «ص» (القدر).
[٢] «ص» (لا للمنع).
[٣] «ص» (الإتلاف).

فَصْــل
حكم الرد بالعيب

قال علماؤنا: الرد بالعيب بعد القبض برضًى بمنزلة بيع جديد في حق ثالث.

وقال الشَّافعي: هو فسخ(١).

لأنه ردّ بخيار العيب؛ كما لو كان نقصًا[٢] أو قبل القبض.

ولأنه ردٌّ بالخيار فيكون فسخًا؛ قياسًا على الرد بخيار الشَّرط، وخيار الرُّؤية على أصلكم.

إلا أنا نقول: هذا الرد بمنزلة الإقالة؛ بدلالة أن حق المشتري ليس في الرد، ولا له خيار في الرد من الأصل؛ لما مرَّ من قبل أن حقَّ المشتري في سلامة المبيع عن العيب، فالجزء الفائت من السَّلامة حقُّ المشتري قبل البائع، وذلك لأن البيع نفسه لا يجوز أن يوجب خيار الفسخ الذي هو ضده؛ بل يوجب تسليم المبيع سليمًا عن العيب.

ألا ترى أن العيب متى ارتفع لم يبق للمشتري حقُّ الردِّ.

وبدلالة أن الردَّ متى امتنع بسببٍ[٣] لا يبطل حق المشتري أصلًا؛ بل رجع

(١) انظر: «الوسيط في المذهب» (٣/١٣٨).

[٢] في حاشية «أ» (يقضا).

[٣] «ص» (بعيب).

بحصة العيب من[١] الثَّمن، ولا ثمن للخيار؛ إلا أن البائع إذا عجز عن التَّسليم جعل الشَّرع للمشتري خيار طلب الفسخ من البائع ليعود كلّ واحد منهما إلىٰ رأس ماله، ويندفع الضرر عنهما جميعًا، فإن أجابه البائع صارت إقالة بتراضيهما، والإقالة في حكم بيعٍ جديدٍ في حقِّ ثالثٍ. وإن لم يُجب ألزمه القاضي ذلك الفسخ، ونقل حقَّه إلىٰ الثَّمن، فيصير فسخًا في حقِّ النَّاس أجمع؛ لأن ولاية القضاء ثابتة علىٰ الكلِّ.

بخلاف الرَّدِّ بخيار الشَّرط والرُّؤية، لأن حقَّ من له الخيار في الردِّ لا غير، فكان الردُّ استيفاءً لحقِّه الثَّابت له، فلم تصر إقالةً، والإقالة تصرف مبتدأٌ وليست[٢] باستيفاء حقٍّ، وكذلك خيار الرُّؤية.

وبخلاف الرد بالعيب قبل القبض؛ لأن الفسخ به لا يثبت بتراضيهما علىٰ الفسخ ليصير إقالة وتصرُّفًا مبتدأً؛ بل حكمًا لفوات القبض؛ كما لو هلكت السِّلعة، وذلك لأن للمشتري أن لا يقبض المبيع معيبًا[٣]، وإذا ثبت له هذا تحقَّق الفوت، فانفسخ العقد؛ لا بتصرفهما.

❁ فإن قيل: الإقالة عندنا فسخ في حق النَّاس أجمع.

❁ قلنا: إن سعينا كان لبيان أن الردَّ بالعيب بعد القبض برضىٰ بمنزلة الإقالة دون الفسخ بالخيار، فإن سلَّمتم[٤] وإلا نقلنا الكلام إلىٰ تلك المسألة؛ فنقول:

---

[١] «ص» (يرجع بحصته من).

[٢] «أ» «ن» (وليس)، والمثبت من «ص».

[٣] في حاشية «أ» (السلعة مبيعة).

[٤] في حاشية «أ» زيادة (هذا).

إن الإقالة بيع جديد في حقِّ الثالث؛ لأن الإقالة تصرُّفٌ مبتدأٌ منهما[١] بالتراضي علىٰ سبيل مبادلة مالٍ بمال، وهذا هو صورة البيع ومعناه، فلا يتغير باللفظ؛ كما لو قال: «ملكتك هذا العبد بألف درهم»، فإن أحكام البيع لا تسقط عنه أصلًا.

وكذلك الهبة بعوض، إلا أنهما بقصدهما جعلاه فسخًا، لا تمليكًا جديدًا، فينفذ في حقِّهما دون غيرهما؛ لأن ولايتهما مقصورةٌ عليهما، وكان بمنزلة حكم الحاكم المحكم ينفذ في حقِّهما لا غير؛ لأنه لا ولاية لهما علىٰ النَّاس، فيبقي هذا الحكم في حقِّ غيرهما علىٰ حكم الرغبة[٢]، فكذلك هذه الإقالة.

فاعتبر أصحابنا معنىٰ التَّصرُّف، واعتبر الشَّافعي صورة اللفظ، ولكل ذلك وجه حسن.

ولهذا قال زفر: إن الرُّجوع بالهبة برضىٰ بمنزلة هبة جديدة؛ لأنه تصرُّف بتراضيهما.

إلا أنا نقول: إنه فسخ في حقِّ النَّاس أجمع؛ لأنه لا حقَّ للواهب إلا في الفسخ، فيصير بالفسخ مستوفيًا حقه الثَّابت له شرعًا، وحكم الشَّرع نافذ علىٰ الكلِّ، فأشبه الفسخ الذي يثبت بالقضاء، أو بخيار الشَّرط، فأما الإقالة فلم تكن ثابتة شرعًا حقًّا لأحدٍ، وإنما المتعاقدان قصدا إثباتهما فينفذ عليهما دون غيرهما، والله أعلم.

---

[١] «ص» (بينهما).

[٢] «ن» (الرعية).

فَصْل الحُكم

قد مرَّ حكم الفاسد مما فيه خلاف، وبعض أحكام الصَّحيح تبعًا لغيرها[١].

وقد بقي فصلٌ[٢] مقصودٌ اختلفوا فيه.

/٩٩٥/ مسألةٌ[٣]: قال أصحابنا: للبائع أن يحبس السِّلعة حتَّىٰ يستوفي ويقبض الثَّمن، وبه قال الشَّافعي في قولٍ(٤).

وقال في قولٍ: يقبضان معًا.

وفي قول: يبدأ بالمبيع.

لأن حقَّ المشتري في المبيع أقوىٰ، [فيترجَّح علىٰ البائع][٥].

وفي قول: معًا؛ لأنهما متعاوضان علىٰ السَّواء.

دلَّ عليه إذا تبايعا عرضًا بعرض.

ولنا: أنهما متبايعان علىٰ السَّواء، فيستويان في أحكام العقد ما أمكن، ومن حكم العقد تعيُّن ما يملك، وقد تعيَّن حق المشتري في المبيع، ولم يتعيَّن حقُّ

[١] «ص» (لغيرهما).

[٢] «ص» (فعل).

[٣] الترجمة ليست في «أ» «ن»، والمثبت من «ص».

(٤) انظر: «الحاوي الكبير» (١٨٨/٦)، و«نهاية المطلب في دراية المذهب» (٢٥٩/٥).

[٥] ما بين [ ] ليس في «ص».

البائع في الثَّمن، فيؤمر المشتري بالتعيين ليساويه البائع، والثَّمن لا يتعيَّن إلا بالقبض، فوجب تقديم قبضه ضرورة التساوي في التعيين حتَّىٰ لما استويا تعيينًا في القبض[١] تقابضا معًا[٢].

❁ فإن قيل: والقبض من أحكام العقد، فلِمَ رجحَّتَ التعين[٣] عليه؟

❁ قلنا: لأن القبض حكم العقد والتعين[٤] شرط العقد كما في جانب المبيع. إلا أنه يسقط اعتباره في الثَّمن؛ لأنه لا يتعين بالعقد حتَّىٰ يقبض، ولما سبق التعين القبض في الأصل وجب اعتبار المساواة في التعين قبل المساواة في القبض، والله أعلم.

|٩٩٦| مسألةٌ: إذا قال: «لفلان عليَّ ألف درهم من ثمن جاريةٍ باعنيها إلا أني لم أقبضها».

قال أبو حنيفة: لزمه المال إذا ادَّعاه المقَرّ له ـ إن صدَّقه في جهة البيع[٥].

وقال أبو يوسف: إن وصل الاستثناء صُدِّق، وإن فصله لم يصدَّق.

ثم رجع، وقال: إن صدَّقه المقَرُّ له في الجهة صدِّق في الاستثناء وصل أم فصل، وإن كذَّبه في الجهة صدِّق إن[٦] وصل، ولا يصدَّق إن فصل، وهو

[١] «ص» (استويا في تعيين حقِّهما في العوضين).
[٢] «أ» (معًا معًا).
[٣] «ص» (التعيين).
[٤] «ص» (التعيين)، وفي الموضعين بعده.
[٥] «أ» (فإن صدقه فمن جهة المبيع)، والمثبت من «ص».
[٦] «ن» (وإذا).

قول محمَّد[١].

لأن قوله: «لفلان عليَّ ألف درهم» إقرار بألف يطالب بها للحال لو سكت عليه، فلما قال: «من ثمن جارية باعنيها إلا أني لم أقبضها»، فقد قرنه ببيان فيه إبطال القبض[٢].

وإنما قلنا: «قرنه ببيان»؛ لأن الألف الواجبة[٣] قد يكون مطالبًا بها وغير مطالب بها، ومتى ثبت بهذه الجهة[٤] لم يكن مطالبًا بها، فكان بيانًا لأحد النوعين، وفيه إبطال مطالبة كانت واجبة بالصدر، فكان بمنزلة الاستثناء الذي وُضع لبيان أنه أراد التكلم بما بقي بعده لا بكلِّه، وفيه إبطال قدر الثُّنيا.

وكذلك إذا قال لفلان: «عليَّ ألف درهم وديعة»، فقوله: «وديعة» بيان أنها ليست بغصب، وفيه إبطال ضمانها الثَّابت، بالصدر فيصدَّق إذا وصل؛ لأن الكلام لا يقر[٥] حكمه ما لم يفرغ عنه، فاحتمل التغير بالقرينة؛ كما يحتمل التأخير بالشَّرط، وإذا سكت قرَّ حكمه، فصارت القرينة رفعًا بعد الثبوت، فلا يملكه[٦] من لا يملك الرفع والفسخ بنفسه، وعلى هذا يكون نصوص الشَّرع؛ إلا أن يصدِّقه المقرُّ له في الجهة، فإنه متى صدَّقه ثبت بتصادقهما؛ لأنهما يملكان الرفع جميعًا فيما كان التغيير[٧] بعد السكوت، وإذا ثبت ثمنًا، ومن حكم البيع

---

[١] في حاشية «أ» (وذلك).

[٢] «ص»، «أ» (البعض).

[٣] «أ» «ن» (الواجب)، والمثبت من «ص».

[٤] «ص» (الجملة).

[٥] «ص» (يغير).

[٦] «أ» «ن» (يملك)، والمثبت من «ص».

[٧] «ن» (فيملكان التعبير)، «ص» (فيما كان التعيين).

أن الثَّمن لا تجب مطالبته إلا بعد تعيين المبيع، والمبيع ليس بعين= سقطت المطالبة بحكم العين[١] الثَّابت بالاتفاق ما لم يقر[٢] المشتري بالقبض والتعيين[٣] لديه.

❁ فإن قيل لهما: قوله: «من ثمن جارية لم أقبضها»، رجوعٌ؛ لأن الجارية ليست بقائمة، وثمن جارية مبيعة ليست بقائمة تكون ساقطةً[٤] إلا أن تكون مقبوضة، فتضمَّن هذا إقرارًا بالقبض، ثم الرُّجوع لا يكون بيانًا، فلا يصح مالًا[٥]، والجارية المبيعة قد تكون غائبة عن مكان العقد حين العقد، فيكون الثَّمن واجبًا غير مطالبٍ[٦] به ما لم يعيَّن، أو تكون أبقيت[٧] بعد البيع، فيبقى العقد والثَّمن، وتسقط المطالبة ما لم تَعُد؛ كما بالأجل.

والدليل عليه ـ ما ذكر في المأذون ـ: أن العبد المأذون إذا لحقه دين كثير وفي يده عبد فباعه[٨] المولى وسلَّم، وقبض الثَّمن، وهلك الثَّمن عنده، ثم أجاز العبد البيع ـ والعبد قائم ـ، أو لا يدري أين هو؟ برئ المولى عن الضَّمان؛ لأن المبيع قائم ما لم يعلم بهلاكه، ولو علم بموت العبد، ثم أجازه [العبد المأذون][٩] لم يبرأ المولى عن الضَّمان.

---

[١] «ص» وحاشية «أ» (البيع).

[٢] «ص» (يضمن).

[٣] «أ» (والعين)، «ن» (والتعين)، والمثبت من «ص».

[٤] لعل الأنسب للسياق (يكون ساقطا).

[٥] «ص» (قالا).

[٦] «أ» (مطالبةٍ).

[٧] «ن» (أبقت)، «ص» (قد أبقت).

[٨] «ن» (باعه).

[٩] ما بين [ ] ليس في «أ» «ن»، والمثبت من «ص».

وهذا بخلاف ما إذا قال: «لفلان عليّ ألف درهم من ثمن هذه الجارية»؛ فإن المال لا يلزمه إذا أنكر القبض ـ وصل أم فصل ـ؛ لأن قوله: «من ثمن هذه الجارية» بيان فيه إبطال لسائر الأسباب، ولا يصحُّ إذا لم يصل، وإذا وصل صحَّ لما قلنا، وإذا صحَّ صار قوله: «لم أقبضها» بيانًا وإنكارًا محضًا لا إبطال فيه، فإن المال مالٌ مطالبٌ به، وبعد البيان هو مطالبٌ به كذلك، وإنما أنكر استيفاء حكم العقد؛ فكان القول قوله، وإذا لم يعيِّن[١]؛ ولكن قال: «من ثمن جاريةٍ باعنيها إلا أني لم أقبضها» فقد أنكر القبض، وادعى بطلان المطالبة أيضًا، وذلك البطلان ليس من حكم العقد، فصار يغير[٢] الحكم الكلام الأوَّل عن سَنَنِه[٣]، فلا يملك إلا بوصل.

واحتج أبو حنيفة: بأنه أقر بالقبض ثم رجع، فلا يصح؛ كما لو قال: «قبضت إلا أني لم أقبض»؛ وهذا لأن الرُّجوع نسخ، وليس ببيان[٤] بوجهٍ[٥]، وإلى المتكلم البيان ما بقي حده، فأما النسخ فلا؛ إذا كان شيئًا[٦] يلزمه.

وإنما قلنا: أقر بالقبض[٧]؛ لأنه أقر بألفٍ بجهة بيعٍ، وموجب البيع في نفسه إيجاب ألفٍ مطالبٍ بها[٨] للحال، فإنه يوجب الملكَ والتَّسليم للحال إلا

---

[١] «ص» (لم يعين ذلك وقال).

[٢] «ص» (تغيير).

[٣] «ن» (سببه).

[٤] في حاشية «أ» (بيان).

[٥] في حاشية «أ» (من).

[٦] «ص» (سببا)، «أ» (شيء).

[٧] «ن» زيادة (لأنه أقر بالقبض).

[٨] «أ» «ن» (به)، والمثبت من «ص».

بعارضٍ، فيلزمه كذلك بمطلقه، والألف على ما عليه حكم البيع، فلا تجب مطالبًا [بها][١]، والجارية غير مشار إليها إلا بعد القبض.

فكان بمنزلة ما لو أقر بألف درهمٍ من ثمن البيع؛ إلا أنها مؤجَّلةٌ فإنه لا يصدَّق ـ وإن كانت الألف قد تجب مؤجلة ـ؛ لأنها لا تتأجل بمطلقه بل بشرطٍ، فيصير كالمدعى لذلك الشَّرط، فلا يصدَّق، فكذلك هذا التأخُّر قطُّ لا يجب بنفس العقد؛ بل بعارض إباق أو غيبةٍ لدى[٢] العقد، فيصير بمنزلة المدعي للعارض، فلا يصدَّق.

وكذلك البائع إذا قال: «لفلان عليّ تسليم هذه الجارية التي بعتها منه إلا أنها عوراء» لم يصدق، وإن تصوَّر البيع بهذا الشَّرط؛ لأن مطلق البيع يوجب السَّلامة، والبراءة عنها لا يقع إلا بالشَّرط.

فصار سرّ المسألة أنهما قالا: البيع يوجب مطالبة مقرونة بمطالبة حتَّى إن في الإجارة لما تأخّر الملك في المنافع بها تأخر عن الآخر[٣] بحكم [المقابلة][٤] والمساواة، فعلم أن الوجوب معًا هو حكم المعاوضة، فإن كان المبيع حاضرًا عينًا فتجب مطالبة الثَّمن للحال بحكم المساواة، وإذا كان المبيع غائبًا لم تجب مطالبة الثَّمن بحكم المساواة، وكلُّ ذلك حكم العقد الأصلي، فكان بيان أحدهما بيانًا في الجملة، فأما أن يجب أحدهما ويتأخر الآخر فلا، فذلك يعتبر لحكم العقد بمغيرٍ[٥] فلا يثبت إلا باتفاق.

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» «ن»، والمثبت من «ص».
[٢] «ص» (اتفاق أو عينه إزاء).
[٣] «ص» (فيها في المنافع تأخر الآخر).
[٤] ما بين [ ] ليس في «ص».
[٥] «ص» (وكذلك تغيير لحكم العقد بمعنى).

وأبو حنيفة يقول: التأخر بأيّ سببٍ كان بخلاف موضوعه، وبالعارض؛ لأن المعاوضة توجب أحكامها للحال في البدلين، وكلٌّ واحد منهما [لا يكون][1] إلا بمانعٍ، فلم يصر [دعوىٰ][2] ما يوجب التأخير دعوىٰ بيانِ حكم العقد؛ بل دعوىٰ اعتراض ما يغيره، فلا يثبت إلا باتفاق.

بخلاف الإقرار بألف وديعةً، لأنه أتىٰ ببيان لما التزم بنفسه، فصار البيان صحيحا ما لم يتقرَّر عليه[3] حكم اللزوم، وههنا أتي ببيان ما التزم بعقده[4]، والعقد ما يتم به، بل به وبصاحبه، فلا يتم به بيان ما يغير حكم العقد عن سننه[5] إلىٰ غيره، فهذا هو الفرق [الصحيح][6] بينهما.

وبخلاف قوله: «من ثمن هذه الجارية، وعينها»؛ لأن بيان سبب الوجوب عليه[7]، وهو الذي تفرَّد بالإقرار بالسَّبب، وبعدما تبين السَّبب بيعًا لم يتصرف في العقد بما يغير حكمه، بل أنكر استيفاء قبضٍ يوجبه العقد له، فكان القول قوله.

|٩٩٧| **مسألةٌ**: وعلىٰ هذا إذا قال[8]: إذا قال لفلان: «عليّ ألف درهم ثمن[9] بيع إلا أنها زيوف»، لم يُصدّق عند أبي حنيفة.

---

[١] ما بين [ ] ليس في «ن».
[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» «ن»، والمثبت من «ص».
[٣] «ص» (علة).
[٤] «أ» (بعقد)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٥] «ص» (سببه).
[٦] ما بين [ ] ليس في «أ» «ن»، والمثبت من «ص».
[٧] «ص» زيادة (صحيح؛ لأنه بيان لسبب الوجوب عليه).
[٨] «أ» «ن» (قال أبو حنيفة)، والمثبت من «ص».
[٩] «ص» (من ثمن).

وعندهما: يصدَّق إذا وصل.

لأنهما يقولان: الزيوف نقد بلد آخر[١]، فإنها متىٰ صارت بحيث لا تروج في موضع يكون مبطلًا، فكان قوله: «زيوف» بيانًا لذلك النقد؛ ولكن فيه معنىٰ الإبطال، لأن مطلق الدراهم بمنزلة تسمية لنقد البلد، وبذكر الزيوف يبطل هذا، فصارت هذه المسألة كالمسألة الأولىٰ.

قالا: ألا ترىٰ أنه لو اشترىٰ بنقد بلدة أخرىٰ ـ وهي زيوف عندهم ـ تعلَّق العقد بذلك النقد، ولم يكن للبائع خيار.

قالا: وهذا بمنزلة من قال لفلان: «عليّ كر حنطة إلا أنها رديئة»، فإن القول قوله، فكذلك الزيوف؛ لأنها عبارة عن دراهم رديئة.

ولأبي حنيفة: أنه أقر بالجودة، ثم رجع، فلا يصدَّق.

وإنما قلنا ذلك لأن الزيافة في الدرهم عيب؛ لأن الزيافة لا تثبت إلا بغِشٍّ وإن قلَّ، والغش عيب في الفضَّة، والبيع يقتضي بدلًا سليمًا عن العيب[٢].

فإذا قال: «إلا أنها زيوف»، فكأنه قال: «إلا أنها معيبة، وقد بَرِئتُ عن العيب بالشَّرط»، فلا يصدق؛ لأنه يدعي تغير موجب العقد بالشَّرط؛ كما في المسألة الأولىٰ.

وكما لو قال: «بعتك هذا العبد إلا أنه أعور، وقد شرطت لك ذلك»، وأنكر المشتري [ذلك][٣] = كان القول قوله.

[١] «أ» «ن» (أخرىٰ)، والمثبت من «ص».

[٢] «أ» (عيب)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» «ن»، والمثبت من «ص».

بخلاف الرداءة في الحنطة فإنها لبيان النوع من الحنطة؛ كالهندي والحبشي[١] والتركي في العبيد، لا لبيان العيب؛ وذلك لأن الحنطة تخلق جيدة ورديئة ووسطًا؛ كما يخلق العبد دميمًا وحسنًا ووسطًا، والعيب: ما[٢] يخلو عنه أصل الفطرة التي هي أساس في الأصل.

ألا ترىٰ أن السَّلم في الحنطة لا يجوز إلا ببيان النوع، وذلك في الرداءة والجودة، ولا يحتاج إلىٰ ذكر السَّلامة عن العيب، فإن السَّلامة عنه تثبت بنفس العقد.

❁ فإن قيل: وكذلك الزيوف نوع من الدراهم ـ علىٰ ما قلنا ـ، فإن نقود البلاد مختلفة الأنواع[٣]، وبعضها أردئ من بعض، فيكون ذلك الأردئ زيفًا في بلد آخر[٤]، حتَّىٰ أن النقود إذا اختلفت في بلدة واحدة لم يجز الشِّراء بمطلق الدراهم حتَّىٰ يعين نوعًا منها؛ كما في الحنطة، لا فرق بينهما.

ألا ترىٰ أنك إذا جعلت الحدَّ في العيب: ما يخلو عنه أصل الفطرة التي هي أساس، وأصل فطرة الدراهم عند ضرب النَّاس، وإنا نجد أصل الضرب مختلفًا؛ بعضه أجود من بعض، فيصير المضروب أنواعًا علىٰ هذا.

❁ قلنا: وهو شبهة المسألة، إن الدراهم فضة في الأصل، وبالضرب يتغير الاسم إلىٰ الدراهم؛ لا بالغش، فكان أساس هذه الصورة الضرب المغيِّر للصورة، لا لِذاتٍ، والزيافة لا تحدث بالضرب؛ بل بالغش، وإنه عيب يخلو

[١] «ن» (والحبني).

[٢] «ص» (مما).

[٣] «أ» «ن» (أنواع)، والمثبت من «ص».

[٤] «ص» (في مقابلة نقد بلد آخر).

عنه أصل الضرب المغيِّر للصورة، إلا أن أهل البلدة إذا اصطلحوا بينهم على العفو عن الغش سقط حكم ذلك العيب بالاصطلاح، لا أنه ليس بعيب في الأصل، وكيف وقد حلَّ[1] به ما ليس منه في الأصل، فثبت أن الزيافة عيب، وليس بتنويع.

فأبو حنيفة اعتبر في الباب حقيقة[2] الوضع، وهما اعتبرا الضرب العرفي بين النَّاس، فإنه جار بينهم بالغش ودونه، وبضروب غشٍّ متفاوتة، فيصير ـ على اعتبار العرف ـ الدراهم أنواعًا، وعلى أصل الوضع الدراهم نوع واحد، وهو الصافي عن الغش، والغش عيب بخلاف الرديئة؛ فإنها لا تصير رديئة بنقصان صورة أو معنى؛ بل بكينونة غيرها أجود منها، فكانا نوعين، حتَّى إذا كانت الرداءة بآفةٍ أفسدت الصورة أو المعنى عُدّ عيبًا لا نوعًا، ولأن النقد إذا راج ببلد لم يسمَّ زيفًا، وإنما الزيف اسم لما فيه عيبٌ يردُّ بسببه[3] إلى النقد الرائج، فصار دعوى الزيف ودعوى العيب واحدًا.

***

[1] «ص» (وصل).

[2] «أ» «ن» (حقِّيَّة)، والمثبت من «ص».

[3] «ن» (نسبته).

فَصْــل
أنواع البيع لاختلاف المبيع

فصل بيع العين: قد مرَّ.

وفصل [بيع][1] ما في الذِّمَّة، وهو السَّلم.

* للسَّلَم: شروط يختص بها السَّلم ليصير المبيع مقدور التَّسليم.
* وشروطٌ للبقاء صحيحًا.
* وحكمٌ يختص به صلحًا على رأس المال.

[1] ما بين [ ] ليس في «أ» «ن»، والمثبت من «ص».

القول في الشروط

قال علماؤنا: الأجل من شروطه.

وقال الشَّافعي: ليس من شرطه(١).

لما روي عن النَّبي ﷺ: «أنه نهىٰ عن بيع ما ليس عند الإنسان، ورخص في السَّلم»(٢)، ولم يشترط أجلًا.

والمعنىٰ فيه: أن السَّلم نوع بيع، فلا يكون الأجل من شرطه؛ قياسًا علىٰ بيع العين.

وهذا لأن البيع يوجب التَّسليم عقيبه، فلا يلائمه الأجل إلا برضاهما[٣]، وهذا بخلاف الكتابة؛ لأنها ليست ببيعٍ ولا تجارة، بل عقد إرفاق وإعتاق، ولا يعقد إلا لعتاقٍ في الثَّاني[٤] لا يجب تسليمه للحال مع العبد[٥] الذي لا قدرة به علىٰ تسليم البدل ظاهرًا وباطنًا؛ لأنه لا قدرة إلا بملك المال، وهو ليس من أهله ما دام عبدًا.

فشرطنا الأجل في الكتابة ليملك ويقدر؛ لأنَّه[٦] بعقد الكتابة يصير من

---

(١) انظر: «فتح العزيز بشرح الوجيز» (٩/٢٢٥)، و«روضة الطالبين وعمدة المفتين» (٤/٧).

(٢) سيأتي تخريجه (في كتاب الصرف).

[٣] «أ» «ن» (ترفيهًا)، والمثبت من «ص».

[٤] في حاشية «أ» (ببدل و).

[٥] في حاشية «أ» (الرق).

[٦] «ص» (لا).

أهل الملك، فلا بدَّ من زمان التكسب ليملك، فصار الأجل شرطًا [لا][1] لعينه؛ بل للقدرة على التَّسليم، فإنها شرط فيما يجب تسليمه، وتعليلنا لبيان أن لا يُجعل الأجل شرطًا لعينه.

ولعلمائنا: ما روي في الحديث المشهور عن النَّبي ﷺ: «من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم»(٢)، فظاهره يحرّم السَّلم على من أراد السَّلم إلا بهذه الأوصاف.

كرجل يقول لآخر: «من دخل داري فليدخل غاضَّ البصر، ومن كلّمني فليتكلم بصواب» فيقيد[3] السَّلم المطلق في حديث الرخصة بهذا.

وكذلك يقال: «من اشترى فليشتر بالتراضي»، فيصير الرضى بنص الحديث شرطًا، فجاء من هذا أن الأجل المعلوم شرط لجواز من يريد سلمًا.

والمعنى فيه: أن السَّلم الحال سلمٌ فيما لا يُقدر على تسليمه وقت الوجوب، فلا يجوز؛ كالسَّلم الحال في المنقطع عن أيدي النَّاس، والسَّلم في المجهول، وهذا؛ لأنّ السَّلم بيع سلعة في الذِّمَّة، ولو كان عينًا لكانت القدرة على التَّسليم حين الوجوب شرطًا، فالدين أولى؛ لأنه أبعد عن الأيدي من العين، وهذا لا شك فيه، وإنما الشك[4] في إثبات هذا الوصف.

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

(٢) رواه البخاري (٢٢٣٩)، ومسلم (١٦٠٤) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما، ولفظ مسلم: قدم النبي ﷺ المدينة، وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين، فقال: «من أسلف في تمر، فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم».

[٣] «ن» (فيعد).

[٤] «ص» (الشبهة).

والدليل عليه: أن الحكم الأصلي أنْ لا يجوز السَّلم، لأنه بيع ما ليس بعين وما ليس بملك[١]، وملك المبيع شرط لجواز العقد مع العينية، ولا يتصور الملك في بيع ما في الذِّمَّة؛ لأنه شيء يجب بالعقد، فلا يتصور مملوكًا قبله، ولم يكن موجودًا، ولأنه لا يتصور ملك الإنسان شيئًا عليه في ذمته، إنما يجب في ذمَّته مملوكًا عليه، ومتىٰ ملكه سقط عنه.

والحديث دلَّ عليه، فإن النَّبي ﷺ «**نهىٰ عن بيع ما ليس عند الإنسان، ورخص في السَّلم**»، أخبر أنه جُوِّز رخصة ـ والرخصة: ما استبيح لعذر[٢] مع قيام المحرم ـ.

ولأن المراد من النَّهي: بيع ما ليس في ملكه، لا بيع ما ليس بحضرته، علىٰ ما بينا في مسألة: شراء شيء لم يره.

وبدليل: أنه إذا باع ما بحضرته قبل الملك، ثم ملك، فسلم= لم يجز، وإذا باع شيئًا غائبًا ـ قد رآه المشتري وهو في ملكه ـ صحَّ، فثبت أن الأصل في باب السَّلم الفساد والحرمة، وإنما أبيح رخصة، والرخصة اسم لما أبيح بعذر ـ مع قيام المحرَّم ـ تيسيرًا علىٰ العباد، وكلُّ الأعذار للعباد في العجز، والعجز في باب السَّلم حاجة الفقير[٣] ثمن السِّلعة لعسرته، وليست عنده السِّلعة، فيصير عاجزًا عن البيع بشرط الملك والقدرة، فجوز له بيعه سلمًا رخصة لعذر العدم، والعجز عن التَّسليم للحال، والعجز سبب العدم لا يرتفع إلا بالملك[٤] وذلك لا

---

[١] «ن» «ص» (وما لم يملك).

[٢] «ن» (لقدر).

[٣] زاد في «أ» (إلىٰ).

[٤] في حاشية «أ» (لتملك).

يحصل عادة إلا بزمان يتكسب[١] فيه، أو مجيء[٢] حين الحصاد من كلِّ نوع، فلم يبح إلا بأجل ليتمكن فيه من التكسب، فيقدر على التَّسليم، فصار الأجل شرطًا لا لنفسه[٣]؛ بل للقدرة على التَّسليم، كما قاله الشَّافعي في الكتابة.

وكذلك إذا أسلم في المنقطع قبل حينه حالًا لا يجوز عند الشَّافعي للعجز إلَّا أن يؤجل إلى الحين ليقدر، وهذه كلمات مؤثرة في إيجاب الرخصة؛ لأنَّ الحاجة للفقراء المكتسبين إلى الأثمان أمر ظاهر بلا سلع تكون لهم، والتيسير بعد حين إمَّا بالتكسب أو مجيء حين الحصاد من أنواع الغلة أمر ظاهر، وفي المنع من البيع إلا بعد الملك ومجيء الوقت حرج ظاهر يلحق النَّاس، وكون الحرج عذرًا في إثبات الرخصة أصل في الشَّرع، فالله تعالى ما جعل في الدِّين من حرج.

وهذا كما جوَّز بيع المنفعة بالإجارة قبل الملك؛ لأنَّ الحاجة إلى تمليكها وتملكها ماسة، ولا يمكن بناء بيعها على الملك؛ لأنها لا تبقى زمانين.

ولهذا المعنى سمِّي سلمًا؛ لأنَّ [من][٤] شرط البيع أن يكون بعد[٥] الملك، وهذا بيع قبل الملك، وكان استعجالًا للبيع عن حينه.

والسَّلم في اللغة والسلف: واحد، والسلف ينبئ عن[٦] التعجيل؛ كالسلف

[١] «ن» (يكسب).

[٢] «أ» «ن» (يجيء)، والمثبت من «ص».

[٣] في حاشية «أ» (نفسه).

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» ومثبت من حاشيتها.

[٥] «أ» «ن» (هذا)، والمثبت من «ص».

[٦] «ص» (ينبئ على).

من النَّاس، وهم الذين تعجلوا إلىٰ الله تعالىٰ. والاستسلاف: الاستعجال في اللغة، فهذه العقود خصت بأسماء دالة علىٰ معانيها كالنِّكاح سمي به لما فيه من الازدواج [والضَّمِّ][١]، والصَّرف سمي به لما فيه من ترادِّ[٢] الأبدال في المجلس لا بد منه، والاستصناع سمي به لما فيه من طلب الصناعة للعين الذي يريده.

❁ فإن قيل: إنما كان رخصة؛ لأنه يبيع ما ليس بعينٍ حاضرٍ للحرج الذي يلحق الباعة في إحضار المبيع مكان العقد، أو تأخير العقد إلىٰ أن يحضر المبيع، فجوز سلمًا في الذِّمَّة غير عين ليسقط كلفة الإحضار، ليس العذر فيه عدم الملك.

ألا ترىٰ أنه يبيع الحنطة سلمًا ـ وعنده أكرار حنطة ـ فيجوز؛ ولأن ما يباع في الذِّمَّة كان التَّسليم بمثله سواء كان بما كان في ملكه أو في ملك النَّاس، فلا تراعىٰ القدرة علىٰ قيام[٣] ملكه؛ بل قيام مثل المسلم فيه في أيدي النَّاس.

❁ قلنا: هذا التأويل فاسد؛ لأن المنهي عنه حينئذ يصير بيع الغائب عن المجلس، وإنه جائز بالإجماع إذا أشير إلىٰ مكانه، وكان المشتري رآه.

وعندي جائز في كل حال، والإشارة إلىٰ المكان لا تتعذر، وعندك لا يجوز، لا لأنه غائب؛ ولكن لأنه لم يره، فإنه لو أحضره وأشار إليه وهو مستتر[٤] [بغيره][٥] لم يجز عندك، فيكون الفساد عندك لعدم الرُّؤية، ونفس الرُّؤية مما لا يتعذر، علىٰ أنَّا أبطلنا هذا الفساد فيما مضىٰ، فلا يمكن البناء عليه، [والفساد

---

[١] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».

[٢] «أ» «ن» (ترداد)، والمثبت من «ص».

[٣] «ص» (فلا يراعي للقدرة قيام).

[٤] «ن» (مشتر)، ولم تضبط في «ص»، والمثبت من «ن».

[٥] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».

لعدم الملك مجمع عليه، فيجب البناء عليه][1].

ولأن الشَّرط الذي سقط اعتباره في السَّلم ـ وجاز دونه رخصة[2] ـ عدم العينية والملك جميعًا؛ لأن الذي باعه في الذِّمَّة ليس بعين ولا بملك، [ولم يكن مملوكًا لبائعه][3]، فثبت أن العذر المجوز عدم الملك والعينية، لا عدم الحضرة أو الرُّؤية؛ لأنهما لا يعدمان الملك، فلا يسقط اعتباره، ولا يجوز بيعه قبل ملكه؛ لأن الغيبة عن المجلس لا بعدم الملك، فكان لا يجوز ـ وإن كان في الذِّمَّة ـ إلا بمثل مملوك له، والعذر[4] الذي أشار إليه يرتفع ببيع ما في الذِّمَّة، فيبقى قيام الملك في مثله ليقدر به على التَّسليم شرطًا؛ كما كان شرطًا في بيع العين.

فأمَّا قوله: «إنه يبيع سلمًا، وعنده ذلك الشَّيء، فيجوز»؛ وذلك لأن الشَّيء لا يباع سلمًا إلا بأدنى الثَّمنين، [والتاجر لا يبيع إلا لربح، فدل البيع بأدنى الثَّمنين][5] [على][6] أنَّه لا يبيع إلا للعجز عن الربح[7]، ولا عجز إلا أن[8] يجعل ما عنده مستغرقًا لحاجته.

ولأنَّ حقيقة العدم أمر باطن، لا يمكن الوقوف عليه حقيقة، والشَّرع بنى

---

[1] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».
[2] في حاشية «أ» زيادة (هو).
[3] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».
[4] «أ» (فالعذر).
[5] ما بين [ ] ليس في «ص».
[6] ما بين [ ] ليس في «ن».
[7] «أ» «ص» (الرابح)، والمثبت من «ن».
[8] «أ» «ن» (بأن)، والمثبت من «ص».

هذه الرخصة على العدم، فبنى على السَّبب الظاهر الدال على العدم ليمكننا[١] تعليق الحكم به، والبيع بالخسران يقينًا دليل على العدم والعجز عن البيع[٢] الرابح.

كما علَّق رخصة المسافر بالمشقَّة، وإنه أمرٌ باطنٌ في الإنسان، وأقام الشَّرع السَّبب الظاهر المثير للمشقَّة ـ من السَّفر ـ مقام حقيقة المشقَّة.

وكذلك النِّكاح الظاهر أقيم مقام الماء الباطن في باب النسب والحرمات لمتعلقة بالماء، ونظائره كثيرة[٣].

❁ **فإن قيل**: إنما سُمي عقد السَّلم سلمًا لما فيه من استعجال رأس المال؛ بأن شرط فيه قبضه في المجلس دون الآخر، وسبيل المعاوضة[٤] أن يتساوى البدلان.

❁ **قلنا**: إن السَّلم اسم للمسلم فيه دون رأس المال.

ولأنا[٥] **أجمعنا** [على][٦] أنه إذا باع ـ وليس في ملكه ما باع ـ أجزأه، والتَّسليم يجب بنفس العقد، وإنما يقدر شرعًا بالملك كما في العين، والملك في السَّلم لا يقع بالعقد، فيبقى عاجزًا فلا يجوز؛ كبيع العين ـ إذا لم يكن له ـ لا يجوز بملك يحدثه[٧] بعده.

---

[١] «أ» (ليمكن)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٢] «أ» «ن» (المبيع)، والمثبت من «ص».

[٣] «أ» (ونظيره كثير فيه)، «ن» (ونظيره فيه)، والمثبت من «ص».

[٤] «أ» (المعارضة)، والمثبت من «ن»، و«ص».

[٥] «ص» (وإلا).

[٦] ما بين [ ] ليس في «أ» «ن»، والمثبت من «ص».

[٧] «ص» (يحد به)، وكلمة غير واضحة في حاشية «أ».

بخلاف الثَّمن، فإن القدرة علىٰ تسليمه ليست[1] بشرط، علىٰ ما قلنا في مسألة إفلاس المشتري، فكذلك وجب شرط إمكان التملُّك للسلم ليقوم مقام الملك بقدر الإمكان رخصةً، وقد حققنا الطريقة في مسألة الإفلاس.

والاستدلال بهذا الحكم حجَّة عليه لنا؛ لأن عقد المعاوضة يوجب التسوية بين المتعاقدين في وجوب القبض والملك جميعًا.

ألا ترىٰ أن في بيعِ عينٍ بعينٍ كيف يجب القبض معًا [معًا][2]، إما في المجلس أو بعده، وفي الصَّرف يجب قبض البدلين في المجلس، [ثم ههنا يجب قبض رأس المال في المجلس عينًا][3]، ولا يتم بقبض [السَّلم، علىٰ[4] أن القبض لم يشترط لأنه دين بدينٍ؛ لأن هذا المعنىٰ يزول بقبض السَّلم؛ كما يزول بقبض][5] رأس المال، فلما وجب قبض رأس المال عينًا ـ دون الآخر ـ علم أن التعيين[6] لم يكن إلا بشرط، وما ذلك إلا للأجل المشروع فيه شرطًا لازمًا، حتَّىٰ صار كبيع العين بثمن مؤجَّلٍ، فاختلف بالأجل حكم القبض، لولاه لوجب قبض السَّلم أوَّلًا؛ كما في بيع العين بثمن في الذِّمَّة أو[7] وجب قبضهما معًا؛ كما في الصَّرف.

وكذلك وجوب القبض في المجلس لرأس المال دليلٌ علىٰ وقوع المسلم

---

[1] «أ» «ن» (ليس)، والمثبت من «ص».

[2] ما بين [ ] ليس في «ص».

[3] ما بين [ ] ليس في «ص».

[4] «أ» «ن» (علم)، والمثبت من «ص».

[5] ما بين [ ] ليس في «ن».

[6] «أ» «ن» (التعين)، والمثبت من «ص».

[7] «ص» (إذ).

فيه مؤجَّلًا لا قبض فيه، فإنه [متىٰ][١] كان مؤجلًا وهو المبيع، ورأس المال في العادات يكون دراهم لا تتعين تصير دينًا بدين، فشرط قبض رأس المال في المجلس ليصير عينًا بدين، ثم وجب ـ وإن كان رأس المال ثوبًا ـ لأن كونه سلمًا لما كان سببًا في الأغلب للدين بالدين المؤجل= شرط قبض ما ليس بمؤجَّل ليصير عينًا بدين، وعلق الحكم بالسَّبب، وهو كونه سلمًا تيسيرًا، ووجب القبض ـ وإن لم يكن دينًا ـ؛ كما في الصَّرف، وكما [علم][٢] في فصل السفر والبلوغ.

ولا يلزم الكتابة الحالة، فإنها جائزة علىٰ أصلنا مع عجز العبد[٣]؛ لأن العجز فيها حاصل من جانب الثَّمن، والقدرة على الثَّمن ليست بشرط للجواز، إنما الشَّرط القدرة على تسليم المبيع، على ما ذكرنا في مسألة المشتري إذا أفلس.

ألا ترىٰ أن الشِّراء بما ليس عند الإنسان جائز أصلًا، وليس برخصة، وبيع ما ليس عنده فاسد أصلًا، وإنما جوز سلمًا رخصة بنص الحديث، فهذا فرق ثبت بينهما بالنص والإجماع.

فمال الخصم إلىٰ ظاهر الحال، فقلب القصة[٤]، وجوز بيع السَّلم مع العجز عن تسليم المبيع، وأفسد[٥] الكتابة للعجز عن تسليم الثَّمن، والقدرة عليه ليس بشرط.

ونحن ملنا إلىٰ المعنىٰ الباطن، وذلك في [أن][٦] الثَّمن بدلٌ كالمثمن

[١] ما بين [ ] ليس في «ص».
[٢] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».
[٣] «ص» زيادة (لأن العجز عندنا).
[٤] «ص» (الفضة).
[٥] «ص» (وأخر).
[٦] ما بين [ ] ليس في «أ» «ن»، والمثبت من «ص».

سواء من طريق الظاهر، وبيع الشَّيء سلمًا، وعنده ذلك الشَّيء دليلٌ ظاهرٌ علىٰ القدرة والعدم حكمًا لحاجته[١] إلىٰ ذلك، حتَّىٰ باع غيره بأدنىٰ الثَّمنين دليل باطن، والفرق بين الثَّمن والمثمن ـ علىٰ ما نذكر في موضعه ـ أمر باطن، وإنه معذور[٢] فيما صنع، وعلماؤنا مأجورون علىٰ ما اجتهدوا، والله أعلم.

|٩٩٨| مسألةٌ: قال علماؤنا رحمهم الله: وجود جِنس المسْلَم فيه ـ من وقت العقد إلىٰ حين المحلِّ ـ شرطٌ.

وقال الشَّافعي رحمه الله(٣): الشَّرط وجودُه حين المحلِّ.

لما رُوي عن النَّبي ﷺ: «ورخَّص في السَّلم»(٤) ولم يشترط هذا الشَّرط.

وقال: «من أسْلَم منكم فليُسْلِم في كيلٍ معلوم ووزنٍ معلومٍ إلىٰ أجلٍ معلومٍ»(٥)، وقد وُجد الأجل المعلوم[٦].

والمعنىٰ فيه: أنَّ المسْلم فيه مالٌ مقدور التَّسليم حين المحلِّ المشروط بالعقد؛ فيكون قابلًا لعقد السَّلم، قياسًا علىٰ الموجود في أيدي النَّاس.

وإنَّما قلنا: مقدور التَّسليم؛ لأنَّ إمكان تسليم الدَّين بالوجود في أيدي

---

[١] «أ» «ن» (بحاجته)، والمثبت من «ص».

[٢] «ن» (مقدور)، وفي «ص» وحاشية «أ» زيادة (أيضا).

(٣) انظر: «الأم» للشافعي (١٠٢/٣)، و«مختصر المزني» (١٨٨/٨)، و«الحاوي الكبير» (٣٩١/٥).

(٤) لم أقف عليه بهذا اللفظ، وذكر الزيلعي في «نصب الراية» (٤٥/٤) أنه مستنبط من حديث ابن عباس رضي الله عنهما الآتي بعده.

(٥) سبق تخريجه.

[٦] «ص» زيادة (ولم يشترط هذا الشرط؛ بل حد الأجل المعلوم).

النَّاس، عينًا، والأوان، لا يتخلف[١] عن الوجود عادةً[٢] بحالٍ، والقدرة، غير مشروطةٍ قبل ذلك؛ فلا يعتبر العجز قبل ذلك؛ كما لا يعتبر عجزٌ [كان][٣] قبل العقد أو بعد المحلِّ ـ وإن توهَّم انعدام القبض حتَّىٰ ينقطع الأوان ـ.

وكذا فيما نحن فيه، لا يُعتبر ما قبل المحلِّ ـ وإن توهَّم وجوبُه بموت المسْلم إليه ـ؛ وهذا لأنَّه عجز يتوهَّمُ طريانهُ بعارضٍ مُغَيِّرٍ لحكم العقد[٤]، والموهوم غير معتبر؛ كما يجوز الشِّراء ـ وإن توهَّم هلاك السِّلعة قبل التَّسليم ـ؛ وهذا لأنَّ المحتمل لا يقابل المتحقِّق بحالٍ.

ولا يلزم علىٰ هذا السَّلم في ثمر حائطٍ بعينه؛ [لأنَّه يصير سَلَمًا في عينٍ، فيبطل؛ لأنَّ السَّلم في العين باطل.

وكذلك إذا أسلمَ في ثمر[٥] في الذمَّة، وشَرَط التَّسليم من[٦] حائطٍ بعينه][٧]؛ لأنَّ ثمر ذلك الحائط لا يُعلم وجوده عند المحلِّ المشروط بالعقد؛ لأنَّه قد يبقىٰ، وقد لا يبقىٰ، والشَّرط وجود المسْلَم فيه عند المحلِّ[٨]؛ فأمَّا الوجود في أوانه، فلا يتخلَّف[٩] علىٰ ما جرت به العادة بحالٍ، والخلف يخصُّ

[١] «أ» (يختلف)، والمثبت من «ن» و«ص»، وفي حاشية «أ» (لا تخلف).

[٢] «أ» «ن» (من العادة)، وفي حاشية «أ» (في)، والمثبت من «ص».

[٣] ما بين [ ] ليس في «ن».

[٤] «ص» (معتبر للعقد).

[٥] في حاشية «أ» (موصوف).

[٦] في حاشية «أ» (في).

[٧] ما بين [ ] ليس في «ص».

[٨] «ص» زيادة (المشروط بالعقد).

[٩] «أ» «ن» (يختلف)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

بعض الأمكنة عادةً.

ولا يلزم إذا أسْلَم في ثمار[١] رجلٍ بعينه؛ لأنَّه يجوز إن كان معلوم القدر، ولا يتعيَّن[٢]، وإن كان مجهول القدر، لم يجز[٣]؛ لأنَّ التَّسمية لم تجعل السَّلم معلوم القدر؛ فبقي مجهولًا للحال.

وتعليلنا؛ لبيان المسْلَم فيه يقبل السَّلم متىٰ كان مقدور التَّسليم، لا لبيان شرائط الجواز، ومن شرائطه أن يكون معلومًا في نفسه.

ولا معنىٰ لقولكم: إنَّه من الجائز[٤] أن يموت المسلم فيه قبل المحلِّ؛ فيجب التَّسليم[٥] والبائع عاجزٌ؛ لأنَّه عجزٌ يتوهَّم طَرَيَانُه بتغير حكم العقد عما وقع عليه، والجواز متعلِّقٌ بالقدرة علىٰ موجب العقد.

ألا ترىٰ أنَّه قد يعجز، بعدم التَّسليم حتَّىٰ ينقطع الأوانُ، ولا يعتبر ذلك مفسدا، والرَّجل يبيع عبدًا، فيتوهَّم عجزه بإباق العبد، ولا يفسد؛ لأنَّه مقدور التَّسليم علىٰ ما وقع عليه العقد.

ولأنَّ ملك المبيع شرطٌ لجواز البيع[٦]، وكذلك وجوده؛ لأنَّه لا ملك قبل الوجود علىٰ الحقيقة، ثمَّ جوَّز بيع السَّلم قبل الملك لعسر البائع وحاجته إليه قبل

---

[١] «أ» «ن» (نيمان)، والمثبت من «ص».

[٢] «ص» (يتغير).

[٣] في حاشية في حاشية «أ» (لا يجوز).

[٤] «ص» (يجوز).

[٥] «ص» (السَّلم).

[٦] «ص» (العقد).

الملك، فكذلك يجوز قبل الوجود في[١] أيدي النَّاس؛ لعسره[٢] وحاجته إلىٰ بيعه؛ فإنَّ الرَّجل قد يكون زرَّاعًا، ومعاملًا، ولا مال له إلَّا ما يدرك بالأوان، فلا يندفع عُسرُه[٣] إلَّا ببيعه.

ولعلمائنا: أنَّ شرط الجواز، أن يكون المبيع مقدور التَّسليم للبائع، لا مقدور التَّسليم في نفسه؛ لأنَّ التَّسليم يجب علىٰ العاقد، فما لم يكن مقدور التَّسليم للعاقد لا تثبت له القدرة علىٰ التَّسليم.

ألا ترىٰ أنَّ بيع الآبق لا يجوز، وإنَّه مقدور التَّسليم في نفسه؛ لأنَّه غير مقدورِ التَّسليم للبائع[٤]، وإنَّما يصير الرطب مقدور التَّسليم للبائع بوجوده في الأوان، وحياة هذا البائع؛ كالعين إنَّما يصير مقدور التَّسليم للبائع بقيامه ووصول البائع إليه.

وإذا تعلَّقت القدرة ـ التي هي شرطٌ ـ ببقاء الحياة إلىٰ حين المحلِّ، والبقاء قد شُكَّ فيه، فلا تثبت القدرة للحال، وشرطه[٥] مشكوكٌ فيه.

❁ فإن قيل: الحياة ثابتةٌ وزوالها فيه شكٌّ، فلا يثبت بالشَّكِّ.

❁ قلنا: نعم، إنَّ الحكم بحياته إلىٰ حين المحلِّ بحياته الثَّابتة للحال لا يقع إلَّا بعدم دليل الممات؛ كحياة المفقود[٦] الذي اشتبه حاله [ثبتت حياته بعدم

[١] «أ» «ن» (من)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».
[٢] «أ» (لعسرته).
[٣] «أ» (غيره)، والمثبت من حاشيتها و«ن». حاشية «أ» (عسرته)
[٤] في حاشية «أ» (للمالك العاقد).
[٥] في حاشية «أ» (والقدرة).
[٦] «ن» «أ» (المعقود)، والمثبت من «ص».

مماته][1] ؛ لا بدليلٍ موجبٍ للحياة ، وما يحكم بثبوته بناءً على أصلٍ ثابتٍ وعدم دليل ، زواله يكون ثابتًا[2] على الاحتمال ؛ لأنَّا لم نعلم عدم دليل الزَّوال ؛ كما لم نعلم وجوده ، والزَّوال محتملٌ كالوجود ، فتعارضا ، فما كان ثابتًا من الأحكام لا يزول بالاحتمال ، وما كان معدومًا لا يثبت بالاحتمال .

كالمفقود[3] ـ لما احتُمل حيًّا وميِّتًا للحال ـ لم يزل ملكه الثَّابت له ، ولا يثبت له ملك أبيه إذا مات ، بل يوقف .

والقدرة في حقِّ البائع للحال غير ثابتة [للحال][4] ، وإنَّما تثبت باتِّصال وجوده في أوانه بحياته ، ولا اتِّصال للحال ، فلا تثبت بالاحتمال ،

وكان بمنزلة ما إذا أسلم في ثمار[5] رجلٍ بعينه ، أو ثمار[6] حائطٍ بعينه ، لم يجز ؛ لتوهم هلاك ذلك الثَّمر على ما مرَّ ، وتوهُّم هلاك الثَّمر من حائطٍ[7] دون سائر الحوائط أندر[8] من[9] هلاك الحيِّ .

وهذا بخلاف ما إذا أسلم في حينه ، وشرط التَّسليم في حينه من عامه ذلك ؛ لأنَّه مقدور التَّسليم في حقِّه ، عاش أو مات ؛ لأنَّ الوجود متَّصلٌ به ، وإنَّما يتوهَّم

[1] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من «ص» .
[2] «ص» (دليلا) .
[3] «أ» «ن» (المعقود) ، والمثبت من «ص» .
[4] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من «ص» .
[5] «أ» «ن» (فيمان) ، والمثبت من «ص» .
[6] حاشية «أ» (ثمر) .
[7] «ص» (هلاك عين حائطه) .
[8] «ص» (أثبت) .
[9] كلمة غير واضحة في حاشية «أ» لعلها (توهم) .

العجز بانفصال الوجود[١] عنه بترك التَّسليم حتَّىٰ ينقطع، وإنَّه أمرٌ طارئٌ؛ فأشبه توهُّم إباق العبد، فثبت أنَّ القدرة للعاقد لا تثبت إلَّا بوجود المسلم فيه من حين العقد إلىٰ حين المحلِّ في أيدي النَّاس.

ويدلُّ عليه: أنَّ وقت محلِّ الأجل، متىٰ كان في غير أوانه لم يجز، فكذا ما قبله؛ لأنَّ كلَّ وقتٍ يُشار إليه مثل وقت المحلِّ المشروط في حقِّ وجوب التَّسليم فيه ابتداءً بالعقد؛ لأنَّ ما شرطاه يكون محلًا بشرط أن يعيش، وما قبله محلٌّ بشرط أن يموت، وما أحدهما بأرجح من الآخر.

ثمَّ عدم جنس المسلم فيه ـ في المحلِّ المشروط ـ عن العالم[٢] يثبت العجز عن التَّسليم [عليه][٣]، فكذا قبله.

والجواب عن الأخير: أنَّ عدم الملك يضطرُّه إلىٰ بيع ما ليس بملك له لدفع عسرته، وليس يضطرُّه إلى بيع ما ليس بموجودٍ؛ لأنَّه يمكنه أن يبيع ما هو موجودٌ، فيدفع به عسرته للحال، ثمَّ إذا أصاب ماله صرفه إلىٰ ما باعه، والله أعلم.

|٩٩٩| **مسألةٌ**: السَّلم في الحيوان باطلٌ عندنا.

وقال الشَّافعي: جائز(٤) إلَّا في الخَلِفات(٥)، والاستقراضُ علىٰ هذا.

---

[١] في حاشية «أ» (الوجوب).

[٢] «ص» (عدم جنس المسلم فيه عن العالم وقت المحل المشروط).

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

(٤) انظر: «الأم» للشافعي (٣/١١٨)، و«مختصر المزني» (٨/١٨٩)، و«الحاوي الكبير» (٥/٣٩٩).

(٥) الخَلِفات: جمع خَلِفَة؛ وهي الحامل من النوق. انظر: «العين» (٤/٢٦٨)، «البناية شرح الهداية» (٨/٣٣٤).

وللشَّافعي قولان في استقراض الجواري(١).

أمَّا مسألة القرض، فقد ذكرناها في كتاب الصَّرف وهو بابٌ آخر عندنا، فإنَّا جوَّزنا السَّلم في الثِّياب[٢]، ولم نجوِّز القرض، والقرض عندنا إعارة، والسَّلم بيع، وهما مختلفان.

أمَّا الشَّافعي، فإنَّه يُحتجُّ له: بما رُوي أنَّ النَّبي ﷺ «نهىٰ عن بيع ما ليس عند الإنسان، ورخَّص في السَّلم»(٣) ولم يقيد بمالٍ[٤].

وعن النَّبي ﷺ: «أنَّه جهَّز جيشًا فعزَّت الإبل فاشترىٰ بعيرًا ببعيرين إلىٰ أجل»، وفي رواية: «أمر عمرو بن العاص بذلك»(٥).

وعن النَّبي: «أنَّه استقرض بَكرًا(٦) وردّ رَبَاعِيًا(٧)»(٨) والقرض أضيق من السَّلم.

---

(١) بالجواز والمنع، والمنع أظهر. انظر: «الحاوي الكبير» (٥/٣٥٣)، و«العزيز شرح الوجيز» (٤/٤٣١)، و«نهاية المطلب» (٥/٤٤٩).

[٢] «أ» «ن» (النَّبات)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

(٣) سيأتي تخريجه (في كتاب الصرف).

[٤] «ص» (بحال).

(٥) سبق تخريجه.

(٦) البَكْر: الفتي من الإبل، بمنزلة الغلام من الناس. انظر: «النهاية» (١/١٤٩).

(٧) الرَّباعي من الإبل: ما دخل منها في السنة السابعة. انظر: «الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي» (ص: ٩٦).

(٨) رواه مسلم (١٦٠٠) من حديث أبي رافع ﵁: أن رسول الله ﷺ استسلف من رجل بكرا، فقدمت عليه إبل من إبل الصدقة، فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكره، فرجع إليه أبو رافع، فقال: لم أجد فيها إلا خيارا رباعيا، فقال: «أعطه إياه، إن خيار الناس أحسنهم قضاء».

وعن علي ﷺ نحوًا منه(١).

والمعنىٰ فيه: أنَّ الحيوان ممَّا يعلم عينه الذي يقبض بالوصف، فيقبل السَّلم؛ قياسًا علىٰ الثِّياب والدِّيباج.

وهذا؛ لأنَّ السَّلم ضَربُ بيعٍ، إلَّا أنَّه بيعٌ[٢] في الذمَّة، وشرط بيع العين[٣] أن يكون معلوم العين بالإشارة إليه، والدَّين بالوصف.

والدَّليل علىٰ أنَّه مما يعلم بالوصف: أنَّ لأنواعها المختلفة أسماءً خاصَّة تمتاز باسمها عن سائر أنواعها، فيصير ـ باسمها الخاصِّ للنَّوع منه ـ معلوم النَّوع من الجملة، فيجوز؛ كالثِّياب، فإنَّ الثَّوب ـ وإن استقصي في وصفه ـ لا بدَّ أن يبقىٰ بين الأمثال الدَّاخلة تحت الوصف ضَربُ جهالةٍ، حتَّىٰ لو استهلك أحد تلك الأمثال ضمن[٤] قيمته[٥]؛ لا المثل الآخر ثوبًا هو مثله في السَّلم.

وكذلك بين الحنطة الجيِّدة، والجيِّدة يكون ضرب تفاوتٍ، ولا يمنع جواز السَّلم ـ وإن اعتبر[٦] في ضمان الاستهلاك.

---

(١) رَوَاهُ مَالك فِي «الْمُوَطَّأ» (٤/٩٤٣، برقم ٢٤٠٢)، وهو في «مسند الشافعي» ـ من طريق مالك ـ (ص١٤١)، عن الحسن بن محمد بن علي، عن علي بن أبي طالب ﷺ أنه: «باع جملا له يدعىٰ عصيفيرا بعشرين بعيرا إلىٰ أجل». والأثر فيه انقطاع بين الحسن وعلي، وقد روي عنه ما يعارض هذا، فقد روىٰ عبد الرزاق (١٤١٤٣) من طريق ابن المسيب، عن علي: أنه كره بعيرا ببعيرين نسيئة. وانظر: «التلخيص الحبير» (٣/٧٨)، و«إرواء الغليل» (٥/٢١٥).

[٢] «ص» (ما).

[٣] «ص» (المبيع).

[٤] في حاشية «أ» (فإنما يضمن).

[٥] «ص» (فيه).

[٦] «أ» «ن» (اعتبرت)، والمثبت من «ص».

فكذلك فيما نحن فيه من الحيوان ؛ لأنَّه متىٰ قال: «بعيرًا» امتاز عن سائر أجناسه من الحيوانات[١].

وإذا قال: «حقَّةٌ» امتاز عن سائر أسنانه التي هي مقادير في باب الإبل.

وإذا قال: «سَمِين» امتاز عن سائر أوصافه التي تختلف علىٰ الحيّ.

وإذا قال: «من نجاد فلانٍ» ؛ امتاز عن سائر الأنساب[٢] التي تنبئ عن أصله.

فلا يبقىٰ بعد ذلك إلَّا جهالةٌ لا يمكن العبارة عنها ، ولا أثر لها إلَّا في اختلاف أقدار القيمة ، فسقط اعتبارها للعجز عن رفعها.

أو يقال: تلك جهالةٌ بأحوال غير معتبرة ، فإنَّ أهل اللُّغة ، وضعوا للحالات المعتبرة في التَّركيب لوجود العين بها وهيآتها الشَّائعة في الجملة أسامي معلومةً ، فما لا يدخل تحت الوصف من المعاني التي تتفاوت بها[٣] الماليَّة ، تكون ساقطة[٤] العبرة في حقِّ إعلام العين ، بعد وجود الأسماء ـ التي هي أعلام علىٰ تمييز المسمَّىٰ من مسمًّىٰ: بجنسه ونوعِه وحالِه ـ.

لأنها أوصافٌ لبيان القيمة ، والبيع يقتضي عينًا معلومًا في نفسه ليجوز لا معلوم القيمة عند العاقد ، وإذا صار ساقط العبرة[٥] لم تصر الزِّيادة بتلك المعاني مستحقَّة بالبيع[٦] ، فإذا أتىٰ المسلم إليه بأدنىٰ ما ينطلق عليه الوصف المستحقُّ

---

[١] «ص» وحاشية «أ» زيادة (وإذا قال بختي امتاز عن سائر أنواعه).

[٢] «ص» (الأسنان).

[٣] «ص» (في حال).

[٤] «أ» «ن» (يكون ساقط) ، والمثبت من «ص».

[٥] «ص» زيادة (عند العقد).

[٦] «ص» (بالعقد).

بالسَّلم خرج عن العهدة، ولم يكن للآخر المنازعة معه، لمَّا لم يصر مستحقًّا لتلك الزِّيادة؛ فإنَّها تزداد ـ لا بهذه الأسماء ـ بل بمعان أخر تنضمُّ إليها؛ كما إذا أسلم في حنطةٍ جيِّدةٍ، لم يجب تسليم الأجود فالأجود؛ لأنَّ السَّلم لمَّا جاز باسم الجيِّد[١] علم أنَّ تلك الزِّيادة لم تكن مستحقَّة.

بخلاف السَّلم في الخلفات؛ لأنَّ اسم «الخَلِفَة» اسمٌ لمجهول الحال؛ لأنَّ الحبَل لا يُدرىٰ حقيقته بحالٍ.

ألا ترىٰ أنَّه إذا باع عينًا علىٰ أنَّه خلفة لا يجوز.

وبخلاف[٢] الرُّؤوس والأكارع؛ لأنَّها مختلفةٌ في أنفسها، وليس لما يختلف في نفسه من الهيئات اسمًا، والسَّلم لا يجوز إلَّا بعد زوال ما يوجب جهالة في العين؛ كما لا يجوز السَّلم في الرُّمان عددًا، وكذا الخيار.

وبخلاف الجواهر واللآلئ، فإنَّ السَّلم في اللآلئ العدديَّة الصِّغار منها يجوز، فأمَّا الكبار [منها][٣] والجواهر النَّفيسة، فليس لأحوالها التي تختلف هي في أنفسها أسماءٌ معلومةٌ.

ولأنَّ المقصود من الجوهر معناه لا عينه؛ إذ المقصود به التَّزيُّن، وذلك بالمعنىٰ يحصل، وليس للمعاني المختلفة منها أسماءٌ، [والمقصود من سائر الأعيان أعيانها][٤]؛ لأنَّ المقصود منها يحصل من أعيانها دون معانيها، من

---

[١] «ص» (الجودة).

[٢] «ص» (السلم في).

[٣] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».

[٤] ما بين [ ] ليس في «ص».

حُسن اللَّون، ولُطف التَّركيب، ونحوها، وللأعيان المختلفة منها أسماءٌ خاصَّةٌ، فلم تكن الجهالة لأجل المعنىٰ ضائرةً[١].

والدَّليل علىٰ أنَّ الحيوان يعلم بالوصف: أنَّ بني إسرائيل استوصفوا البقرة، فوصفت لهم فتوصَّلوا إليها بالوصف.

وقال ﷺ: «لا يصف الرجلُ الرجلَ بين يدي امرأته حتَّىٰ كأنها تنظر إليه، [ولا تصف المرأةُ المرأةَ بين يدي زوجها حتَّىٰ كأنه ينظر إليها»(٢)][٣]، فجعل رسول الله ﷺ الموصوف كالمرئي.

ولأن الحيوان يثبت دينًا في الذمَّة مهرًا، فكذلك سلمًا؛ قياسًا علىٰ المكيل والموزون.

أو يُقال: إنَّ البيع عقد معاوضةٍ، فيستحقُّ به الحيوان دينًا [في الذمَّة][٤]؛ قياسًا علىٰ الخلع والنِّكاح.

ولأنَّ العصافير عدديَّة متقاربة فتقبل السَّلم؛ قياسًا علىٰ البيض.

ولنا: ما رُوي عن عكرمة عن ابن عباس عن النَّبي ﷺ: «أنَّه نهىٰ عن السَّلم في الحيوان»(٥)؛ لكنَّه غريب، والمشهور «أنَّ النَّبي ﷺ نهىٰ عن بيع الحيوان

[١] «أ» «ن» (ضائرا)، والمثبت من «ص».

(٢) لم أقف عليه بهذا اللفظ، وروىٰ البخاري (٥٢٤٠) من حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه، قال: قال النبي ﷺ: «لا تباشر المرأة المرأة، فتنعتها لزوجها كأنه ينظر إليها».

[٣] ما بين [ ] ليس في «ص».

[٤] ما بين [ ] ليس في «ص».

(٥) رواه الدارقطني (٣٠٥٩)، والحاكم في «المستدرك» (٢٣٤١) من طريق إسحاق بن إبراهيم بن جوتي عن عبد الملك الذماري عن سفيان الثوري قال حدثني معمر عن يحيىٰ بن أبي كثير=

بالحيوان نسيئةً»(١) ، وبيع العين بثمنٍ مؤجَّل يسمَّىٰ نسيئًا.

وعندكم يجوز إذا كان الثَّمن حيوانًا موصوفًا في الذمَّة.

وعن عمر ﵁: أنَّه قال في خطبته علىٰ منبر رسول الله ﷺ: «وإنَّ من الرِّبا أبوابًا لا يكدن يخفين علىٰ النَّاس[٢] ؛ منها: السَّلم في السِّن»(٣) أي: الإبل.

وذلك متعارفٌ عندهم ؛ لأنَّها تختلف وتباع بأسنانها ، فأمَّا السَّلم في نفس السِّنِّ ، فلم يكن متعارفًا قطُّ لينهىٰ عنه.

وعن عبد الله بن مسعود ﵁: أنَّه دفع إلىٰ زيد بن خُلَيدَة[٤] مالًا مضاربةً ، فأسلم زيدٌ إلىٰ عتريس بن عرقوب في قلانس[٥] معلومة ، فبلغ ذلك عبد الله بن

= عن عكرمة عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ «نهىٰ عن السلف في الحيوان».
قال الحاكم (٦٥/٢): «هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه» ، ووافقه الذهبي.
وفي إسناد الحديث: عبد الملك الذماري وإسحاق بن إبراهيم بن جوتي ، متكلَّمٌ فيهما. وانظر: «التحقيق في أحاديث الخلاف» (١٩٦/٢) ، و«تنقيح التحقيق» لابن عبد الهادي (١١١/٤) ، و«نصب الراية» (٤٦/٤) ، و«الجوهر النقي» (٢٢/٦) ، و«التلخيص الحبير» (٨٨/٣).

(١) سبق تخريجه.

[٢] في حاشية «أ» (أحد).

(٣) رواه عبد الرزاق (١٤١٦١) ، وابن أبي شيبة (٢١٦٩٣) ومحمد بن الحسن في «الحجَّة علىٰ أهل المدينة» (٤٨٤/٢) من طريق عبد الرحمن بن عبد الله المسعودي ، عن القاسم بن محمد قال ـ واللفظ لعبد الرزاق ـ: قال عمر بن الخطاب: «إنكم تزعمون أنا لا نعلم أبواب الربا ، ولأن أكون أعلمها أحب إلي من أن يكون لي مثل مصر وكورها ، ومن الأمور أمور لا يكدن يخفين علىٰ أحد: هو أن يبتاع الذهب بالورق نسيئا ، وأن يبتاع الثمرة وهي معصفرة لم تطب ، وأن يسلم في سن».
وضعَّفه ابن حزم في «المحلىٰ» (١٠٧/٩) والبيهقي في «السُّنن الكبرىٰ» (٢٦/٦) للانقطاع بين القاسم بن عبد الرحمن وعمر. وانظر: «المهذب في اختصار السنن الكبير» (٢١٥٠/٤).

[٤] «ص» (خالد).

[٥] «ص» (قلايص).

مسعود، فقال: «أربيت، اردد علينا رأس مالنا»(١).

وأمَّا المعنىٰ فيه: فما قاله محمَّد بن الحسن: إنَّ الحيوان مختلفٌ، فلا يجوز السَّلم فيه[٢]؛ كالأكارع، والرُّؤوس واللآلئ الكبار، والخَلِفات.

والمراد بقوله: «مختلف»: إنَّه مختلفٌ بعد الوصف الذي يجوِّز الخصمُ السَّلم به، وكون المسلم فيه معلومًا شرط الجواز؛ لأنَّه مبيعٌ، ولو كان عينًا لم يجز إلَّا معلومًا.

ألا ترىٰ أنَّه لا يجوز السَّلم باسم الحنطة، ولا باسم الشَّعير[٣]؛ لأنَّه يبقىٰ مختلفًا بعد الاسم.

يدلُّ عليه: أنَّه لا فرق بين السَّلم والبيع؛ إلَّا أن المبيع في البيع عينٌ، وهذا دينٌ، فيجب الاعتبار بمبيع غير عينٍ، نحو واحدٍ من الجملة، ولو اشترىٰ شاةً من جملة الغنم لم يجز؛ لأنَّها مختلفةٌ، ولو اشترىٰ قفيزًا من صبُرة(٤) يجوز؛ لأنَّها متقاربةٌ، فكذلك السَّلم.

ولأنَّا أجمعنا علىٰ أنَّ السَّلم في المختلف لا يجوز ـ كالخلفات والجواهر ـ، وفي المتقاربة خلقةً يجوز ـ كالمكيلات والموزونات، والعدديّات المتقاربة ـ.

---

(١) رواه عبد الرزاق (١٤١٤٩)، وابن أبي شيبة (٢١٦٩٢)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/٦٣، برقم: ٥٧٤٥) من طريق قيس بن مسلم عن طارق بن شهاب قال: أسلم زيد بن خليدة إلىٰ عتريس بن عرقوب في قلاص، كل قلوص بخمسين، فلما حلَّ الأجل جاء يتقاضاه، فأتىٰ ابن مسعود يستنظره له، فنهاه عبد الله عن ذلك، وأمره أن يأخذ رأس ماله.

[٢] «أ» «ن» (فيها)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٣] «ص» (البعير).

(٤) الصبرة: الطعام المجتمع كالكومة. انظر: «النهاية» (٣/٩).

وحدُّ المتقاربة خلقة: ما يضمن متلِفها المثلَ من جنسها.

وحدُّ المتفاوتة: ما لا يضمن مُستهلكُها[١]، المثلَ من جنسها.

فتصير المتفاوتة في الأصل، ما لا يستحقُّ بالسَّلم إلَّا بوصفٍ يرفع التَّفاوت رفعًا يلتحق به بالمتقاربة خلقة، ولا يجوز بهذا الحد السَّلم في الحيوان؛ لأنَّ المتقاربة خِلقةً ـ بأوصافها التي شرطت للسَّلم ـ يتقارب بعضها من بعض ذاتًا وقيمةً، والحيوانات لا تتقاربُ قيمةً بتلك الأسماء؛ لأنَّك تجد بعيرين من نجادٍ واحدٍ، وسنٍّ واحدٍ، وسمنٍ واحدٍ، وبينهما تفاوتُ ألوفٍ، وكذلك العبيد والأفراس.

ومعنى الماليَّة من المال معتبرٌ في باب البيع والشِّراء، كالعين؛ بل أكثر في عرف التِّجارة، فأكثرُ الأرباح يقع بها، فلمَّا كانت الجهالة ـ التي بها تتفاوت[٢] أسماء هيآت العين ـ مُفسدة للسَّلم ما لم يرفع بالاسم الخاص، وكذلك الجهالة الأخرى، فإذا لم يكن لها اسم ـ ولم يرفع ـ تحقَّقت الجهالة، فيبطل السَّلم فيها؛ كما في اللآلئ والخلفات، وقيل له: لا تبع هذا، وبع المتقارب خلقةً، فلا يكون فيه تكليف ما ليس في الوسع.

بخلاف السَّلم في الثِّياب، فإنَّا لا نجوِّز السَّلم فيها حتَّى يستقصى في أوصافه التي تتفاوت بها العينُ، وماليَّة العين، فإنَّها بعد الاستقصاء تلتحق بالحنطة الجيِّدة، وما بين الجيِّد والجيِّد من التَّفاوت= فيهدر اعتباره، وإن لم يهدر في ضمان الاستهلاك[٣]؛ فإنَّ من استهلك حنطةً جيِّدة ضمن مثلها في

---

[١] في حاشية «أ» (مثلها).

[٢] «أ»، «ن» (التي تقع تتفاوت)، والمثبت من «ص».

[٣] «ص» زيادة (كما هدر في السَّلم في الحنطة، وإن لم يهدر في ضمان الاستهلاك).

الجودة؛ لا أدنىٰ ما ينطلق عليه الاسم.

وفي السَّلم يجوز بوصف[١] الجيِّد، وينصرف إلىٰ الأدنىٰ، ويهدر اعتبار ما بين الجيِّد والجيِّد[٢]؛ لأنَّه لو اعتبر لبطل السَّلم، فإنَّه جُوِّز [رخصةً][٣] لأجل ضرورة دفع حاجة المعسر، فلم يجز التَّعليق بشرط لا يمكنه الوفاء به، ولمَّا[٤] هدرت لضرورة الجواز ـ وقد ارتفعت الضَّرورة ببيع[٥] المتقارب ـ لم يحتمل جهالة فوق ذلك في غير المتقارب بلا ضرورةٍ، واحتملَ هذا القدر.

فأمَّا الحيوانات[٦]، فلا يجوز السَّلم فيها[٧] بالإجماع متىٰ استُقصِيَ في وصفه استِقصَاءً بليغًا؛ لأنَّه يصير سلمًا في عديم النَّظير مع ما أنَّه لا يرتفع [بالوصف][٨] تفاوت الماليَّة، ولا أيضًا هيئات الصُّورة التي بها تختلف الرَّغائب في الأعيان من الملاحة والحسن ولطف التَّركيب التي بها تختلف القيم[٩]، ولا يمكن وصفها؛ كما في الجواهر، ويمتاز بعضها عن بعضٍ عينًا بتلك الأوصاف قبل أن يجيء إلىٰ القيمة.

وأمَّا الثِّياب والدِّيباج[١٠]، فلا يصير عديم النَّظير بالاستقصاء؛ لأنَّ

---

[١] «ن» (وصف).

[٢] «ص» زيادة (من التفاوت).

[٣] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».

[٤] «ن» (ولهذا).

[٥] «ص» (يبقىٰ).

[٦] في حاشية «أ» (الحيوان).

[٧] «أ» (فيه)، وليس تفي في «ن»، والمثبت من «ص».

[٨] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٩] «أ» «ن» (يختلف الغنم)، والمثبت من «ص».

[١٠] «أ» (والدبائج).

الوصف إنَّما يوجد من المصنوع [والمصنوع][١] حاصلٌ بصنعة العباد، وما يكون بصنعة العباد يكثر من ذلك الصَّانع أمثالُه، وكذلك من أهل صناعته في العادة، وكلُّها تدخل تحت وصفه؛ لأنَّه لا يمكنه فعله إلَّا بعد معرفته باسمه.

فأمَّا ما يكون بصنع الله فقد يقع نادرًا، لا مثل له، والاستقصاء لا يحصل إلَّا بذكر وصفه، فيصير عديم النَّظير، وما لا يمكننا وصفه والإحاطة بعلمه، وما لا اسم له عندنا.

ولأنَّ التي تقرب من الثِّيابِ الأغنامُ، فإن سائرها يتفاوت تفاوتًا فاحشًا، وتفاوت الأغنام موصوفة أكثر من تفاوت الثِّياب؛ لأنَّ المقصود من الشَّاة لحمها، ولا يُوقَفُ عليه إلَّا من تحت الجلد، وليس لكلِّ قدرٍ منه اسمٌ على حدةٍ. والثَّوب له أوصافٌ محسوسةٌ ظاهرة غير مستترة، ولكلِّ هيئة اسم على حدةٍ.

ولأنَّ المتفاوت جنسٌ، والمتقارب جنس، والحدُّ الفاصل بينهما يقرب بعضه من بعض، وربَّما يشتبه، فلا يتكلَّم فيه، فلا بدَّ من الحدِّ؛ وإنَّما الكلام فيما هو متفاوتُ الوفاء بعد الاتِّفاق على أوصاف السَّلم؛ أيجوز السَّلم فيها أم لا؟

فإنَّ خصمنا جوَّزه، ولم يبال باختلاف القيم، واعتبره بالعين، والعين إنَّما يعلم بالإشارة إليه، والوصف والقيمة يدخلان فيه تبعًا ما به إعلامٌ بحال، ولا يؤدِّي [إلى][١] العجز عن تسليم[٢] المبيع، وفي السَّلم يؤدي [إلى ذلك][٣]،

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٢] «ص» (تعيين).

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

لأنَّ المشتري يعين أعلىٰ الأمثال ؛ ـ لأنَّه داخل تحت الاسم ـ والبائع أدناهما ، وهما سواءٌ فيه بحقِّ المعاوضة ، فلا يمكن تعيينه .

فأمَّا الجواب عن الأوَّل: أنَّ الخلاف [وقع][١] في شرائطه ، ولا ذكر لها في الحديث . أو: أجمعنا أنَّ إعلام السَّلم شرط ، والخلاف وقع في كميَّة الإعلام .

والجواب عن الثَّاني: أنَّه حكاية فعل ، واحتمل أنَّه كان قبل حرمة الرِّبا ، واحتمل أنَّه كان في دار الحرب ، واحتمل أنَّه كان لضرورة تجهيز الجيش ، وعندنا يجوز في مثل هذه الأحوال .

وكذلك حديث[٢] علي رضي الله عنه المروي عنه فعلٌ ، واحتمل ما قلنا ، وكذلك فصل القرض .

والجواب عن المعنىٰ: أنَّا ندَّعي أن الأمثال التي اشتملت[٣] عليها الأوصاف متفاوتة القيم بألوفٍ ، والمبيع واحد منها ، فلا يجوز ؛ كشراء الشَّاة من القطيع[٤] ؛ لأنَّه عقد معاوضةٍ ، فيوجب التَّسوية بينهما ؛ فكما للبائع أن يقول: «لم أوجب لك إلَّا الأدنىٰ» ، كان للمشتري أن يقول: «لم أوجب لك الثَّمن إلَّا بالأعلىٰ» .

وإنَّما سقط في باب السَّلم في الحنطة الجيِّدة ، وبُني الأمر على قول المسلم إليه لضرورة ذكرناها ، فيتقدَّر بقدرها ، ولا يسقط أكثر منها بلا ضرورةٍ على ما مرَّ .

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من «ص» .

[٢] «ن» (عن) .

[٣] «أ» «ن» (اشتمل) ، والمثبت من «ص» .

[٤] في «ص» وحاشية «أ» زيادة (وقولهم: إنه لا يعتبر منازعة المشتري ؛ فلا كذلك . ألا ترىٰ أنها اعتبرت في شراء الشاة من القطيع) .

بخلاف الوصيَّة والإقرار؛ لأنَّ الإيجاب وجد من المستحقِّ عليه ـ لا غير ـ، فيكون القول قوله في بيانه حتَّىٰ صحَّت الوصيَّة بشاة من القطيع[١]، وكذلك الإقرار.

وأمَّا العصافير: فإن وُجد شيءٌ منها عدديَّة متقاربة، ولا ينقطع في مدَّة السَّلم؛ فيجوز السَّلم فيها، كما يجوز في السَّمك، أو يجعل بمنزلة الأكارع، وذلك التَّفاوت منع الجواز، فكذلك العصافير.

وقد قال محمَّد بن الحسن: إن كان شيءٌ منها يعلم، فيجوز، ولا يجوز اعتبار السَّلم بالمهر وبدل الخلع؛ لأنَّ ذلك البدل يثبت عندنا بنفس اسم الجنس ـ كالشَّاة والعبد ـ، فلم تكن الجهالة مانعة من الثُّبوت، وههنا الجهالة مانعة، وكذلك الجهالة لا تمنع صحَّة عقده ـ وههنا يمنع ـ، فيكون استدلالًا بفصلٍ مختلفٍ فيه.

ولأنَّ المفسدَ ههنا جهالة قيم[٢] المسمَّىٰ عندي، وفي النِّكاح لا يجب عندي إلَّا معلوم القيمة؛ لأنَّه معلوم[٣] الوصف.

وعن قصَّة بني إسرائيل: أنَّا لا ننكر إعلام الغائب بالوصف، ولكن نقول: ذلك الإعلام لا يرفع تفاوت القيم بين أمثاله إلَّا إذا استُقصي، فيصير ـ حينئذٍ ـ عديم النَّظير، [فلا يجوز][٤]؛ كبقرة بني إسرائيل.

بخلاف الثِّياب؛ لأنَّ أفعالنا تخرج علىٰ نهجٍ واحدٍ إذا كانت الآلة واحدةً،

---

[١] «ص»، «ن» (غنمه).

[٢] «ص» (قيمة).

[٣] «ص» (لا يعلم).

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

وأفعال الله على ما يشاء الله، لا على نهجٍ ومثالٍ واحدٍ فيما خلق على التَّفاوت، فصار السَّلم الحالُّ فاسدًا لعجزٍ ثابتٍ عن التَّسليم بعدم [ثبت][1] حكمًا للحاجة، والسَّلم في المنقطع قبل حينه فاسدٌ لعجزٍ ثابتٍ بعدم حقيقة شكٍ بالشَّرط في ارتفاعه لشَكِّنا في حياته إلى حينه التي بها يقدر، والسَّلم في الحيوان باطل لعجزٍ ثابتٍ بجهالة المسلم[2] فيه جهالةً معتبرةً.

|١٠٠٠| مسألةٌ: ومن هذا القبيل السَّلم في اللَّحم[3].

قال أبو حنيفة: باطل.

وقالا[4]: جائزٌ.

لأنَّه موزونٌ فيجوز السَّلم فيه؛ قياسًا على سائر الموزونات.

ولأنَّ اللَّحم ممَّا يضمن بالاستهلاك[5] مثله صورة، ويجوز[6] الاستقراض فيه، فالسَّلم أولى؛ لأنَّ المثل المعتبر في باب السَّلم أوسع منه في باب الاستهلاك والاستقراض، حتَّى لم يجز استقراضُ الثِّياب، وصحَّ السَّلم فيها.

ولأبي حنيفة: أنَّ اللَّحم مختلفٌ في حقِّ السَّلم، فلا يجوز السَّلم[7]؛ كالشَّاة.

---

[1] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[2] «ص» (السلم).
[3] «ص» وحاشية «أ» (باطل عند أبي حنيفة).
[4] «ص» (وعندهما)، وفي «أ» (وقال: لا جائز)، والمثبت من «ن».
[5] «ص» (بالهلاك).
[6] «أ» (ولجواز)، والمثبت من «ن» و«ص».
[7] في حاشية «أ» زيادة (فيه).

وإنَّما قلنا ذلك ؛ لأنَّ السَّلم لا يجوز إلَّا بأجلٍ ، واللَّحم ممَّا تختلف صفته بأزمنة السَّنة تفاوتًا معتبرًا ؛ مثل تفاوت الجيِّد والرَّديء في ساعة واحدة ، فيمتنع جواز السَّلم ؛ كما لو أسلم في اللَّحم ولم يذكر الجيِّد والرَّديء.

وبهذا فارق السَّلم القرضَ والاستهلاك ؛ لأنَّهما يوجبان المثل للحال ، وإنَّه مثليٌّ غير مختلفٍ في زمان واحدٍ.

ولا يلزم السَّمك ؛ لأنَّ صفته لا تختلف بالأزمنة اختلافًا معتبرًا بين النَّاس ، وكذلك المكيلاتُ[١].

وكذلك الأليَّة والشَّحْم ؛ لأنَّهما سمنٌ كلُّه ، وإنَّما يقلُّ ويكثر في الشَّاة باختلاف الأزمنة ، وهذه الجهالة ترتفع بذكر الوزن.

ومنهم من أفسد السَّلم فيه عند أبي حنيفة لمكان العظم ؛ لأنَّه يتفاوت ، واللَّحم الذي هو مقصود يتفاوت بتفاوته ، وتجري المماكسة بين البائع والمشتَري بسببه.

وعن أبي حنيفة في المخلع عنه العظم قولان ؛ روىٰ الحسن بن زياد: أنَّه يجوز ، وروىٰ محمَّد بن شجاع الثلجي: أنَّه لا يجوز.

|١٠٠١| **مسألةٌ**: ومن ذلك [ما][٢] قال أبو حنيفة آخرًا: إنَّ بيان مكان الإيفاء ـ فيما له حملٌ ومؤنةٌ ـ شرط.

وقالا ﷺ: ليس بشرطٍ.

---

[١] «ص» زيادة (والموزونات).

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من «ص».

لأنَّ بيان المكان يحتاج إليه ليصير مكان التَّسليم معلومًا، ومكان العقد متعيِّن للتَّسليم، فلم يجب بيان مكان آخر؛ كما في بيع العين، وكما لو عيَّن بالشَّرط[١].

وإنَّما قلنا: إنَّ مكان العقد متعيِّن للتَّسليم؛ لأنَّه أولىٰ بالتَّسليم فيه من سائر الأمكنة؛ لأنَّ السَّبب الموجب للتَّسليم ـ وهو العقد ـ وجد فيه؛ كما في بيع العين.

ألا ترىٰ أنَّ مكان العقد أولىٰ من سائر الأمكنة لتسليم رأس المال.

❋ فإن قيل: لو تعيَّن مكان العقد لبطل ببيان[٢] مكانٍ آخر؛ كما في بيع العين.

❋ قلنا: لما عين مكانًا آخر بالنَّص صار أولىٰ من مكان العقد الذي كنَّا نعيِّنه بدلالة السَّبب الموجب للتَّسليم[٣] من غير نصٍّ، غير أنَّ هذا الشَّرط يفسد بيع العين؛ لأنَّ المشتري يملك العين بالشِّراء، وإذا شرط عليه حملًا زائدًا فقد اشترط عليه حملًا[٤] في ملكه مع ما اشترىٰ العين منه، ثمَّ سمَّىٰ الثَّمن بإزاء ذلك كُلِّه؛ فصار ما يقابل الحمل إجارة، فتصير صفقةً في صفقةٍ فيبطل بالشَّرط الفاسد.

والسَّلم لا يُملِّكُ عينًا قبل القبض، فيكون النَّقل إلىٰ مكانٍ آخر عملًا من البائع في مال نفسه، فلا يصير أجيرًا لغيره، فلا يصير هذا الشَّرط صفقة في صفقةٍ، فلا يصير فاسدًا.

---

[١] «ص» (بالعقد).

[٢] «أ» (بيان)، والمثبت من «ن»، و«ص».

[٣] «ن» «ص» (بدلالة سبب التسليم).

[٤] «ص» (عملا).

وحجَّة أبي حنيفة رحمه الله: أنَّ مكان العقد لا يتعيَّن للتَّسليم، وإذا جُهل مكان التَّسليم تنازعا في التَّعيين لما في التَّعيين من الفائدة لكلِّ واحدٍ منهما ـ من طرح مؤنة الحمل عن نفسه ـ، وتساويهما في الباب بحقِّ[١] المعاوضة والتِّجارة، وطلب الرِّبح فيه، وإذا جاءت[٢] المنازعة، وتعارضت، وقع العجز عن التَّسليم= فيفسد؛ كالسَّلم في الحيوان، ولا شكَّ فيه، وإنما[٣] الشُّبهة في إبطال تعيُّن مكان العقد.

فالدَّليل عليه: أنَّه ليس في العقد نصٌّ على تعيين مكانه مكانًا للتَّسليم، فلو ثبت لثبتَ مقتضى أنَّه[٤] سبب التَّسليم، وأنَّه سببٌ لتسليم المبيع؛ لا لتسليم المكان، فلا يدخل المكان تحته حكمًا له؛ لكن[٥] السَّبب إذا أوجب التَّسليم حالًا صار مكان العقد أولى من غيره؛ لأنَّ التَّسليم وجب [وهما فيه][٦]، والتَّسليم يجب على من عليه الحقُّ، ولا يمكنه إلَّا في المكان الذي هو فيه، فيصير ذلك المكان أولى من غيره؛ لكونه ظرفًا له حال وجوب التَّسليم عليه، والسَّلم لا يجوز إلَّا مؤجَّلًا، فلا يصير مكان العقد ظرفًا له لحال[٧] وجوب التَّسليم، فلا يصير أولى [من سائر الأمكنة][٨]، ثمَّ سائر الأمكنة بعد مكان العقد سواءٌ في الصَّلاح للوجوب فيه، فيبقى مجهولًا.

---

[١] في حاشية «أ» (بحكم).

[٢] «ص» (وقعت).

[٣] «أ» (أن)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٤] «ن» (إنّما).

[٥] «ص» (لذلك).

[٦] ما بين [ ] ليس في «ص».

[٧] في «أ» (ظرفا لحال)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٨] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».

بخلاف بيع العين ؛ فإنَّه يوجب التَّسليم حالًا ، فيصير مكان العقد أولىٰ ، وكذلك رأس المال في باب السَّلم.

وبخلاف ما لا حمل له ولا مؤنة ؛ لأنَّ جهالة مكان تسليمه لا تضرُّ ؛ لأنَّه لا يؤدِّي[١] إلىٰ المنازعة ؛ بل يؤمر ربُّ السَّلم بالقبض أينما سلم إليه ؛ لأنَّه يصير متعنِّتًا[٢] في بيان مكانٍ آخر ، ولا فائدة فيه.

ألا ترىٰ أنَّهما لو عيَّنا مكانًا بالنَّصِّ لم يتعيَّن[٣] ؛ لأنَّه لا فائدة فيه.

وبخلاف كُرِّ الحنطة إذا جُعلت ثمن مبيعٍ مؤجَّلٍ ؛ فإنَّ تسليمه يجب في مكان العقد إذا حلَّ الأجل ؛ لأنَّ أصل البيع حال ، والأجل عارضٌ ، فصار مكانُ العقد مُتَعيّنًا للتَّسليم علىٰ ما عليه الوضع ، فإذا ارتفع العارض عاد إلىٰ أصله ، فأمَّا السَّلم فلا يصحُّ إلَّا بأجلٍ ، وإنَّه أصلٌ فيه ، فلم يكن مكان العقد ظرفا لوجوب التسليم[٤] ، بحالٍ حتَّىٰ إذا سقط الأجل عاد إلىٰ أصله ، فيتعيَّن بهذا الطَّريق[٥].

حتَّىٰ قال أبو حنيفة فيمن استأجر دارًا بشيءٍ له حملٌ ومؤنةٌ في الذمَّة: كان بيان مكان التَّسليم شرطًا[٦] ؛ لأنَّ الإجارة لا توجب تسليم البدل حال العقد بحالٍ ، إنَّما يجب علىٰ حسب حدوث المنافع في يده.

---

[١] «ن» (مؤدّىٰ).

[٢] «ص» (متعينا).

[٣] «أ» «ن» (يتغيَّر) ، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٤] «أ» «ن» (فلم يكن مكان ظرف الوجوب بالسَّلم) ، «ص» (فلم يكن مكان العقد ثم متعينا لوجوب التسليم) ، والمثبت من حاشية «أ» وفيها زيادة (بحكم السلم).

[٥] في «ن» عنون للكلام بعدها بـ(مسألة).

[٦] «ص» زيادة (للإجارة).

وقد قالوا جميعًا ـ في رجلين اقتسما دارًا وشرط على أحدهما[١] كرَّ حنطةٍ في الذمَّة ـ: إنَّه يؤمر بتسليمه إذا حلَّ الأجل في الدَّار دون مكان العقد؛ لأنَّ الزِّيادة جُعلت تبعًا[٢] للقسمة، والتَّسليم بالقسمة لا يتصوَّر في غير مكان المقسوم، فلغا اعتبار مكان العقد، فعُلم أنَّ التَّسليم في مكان العقد ليس بحكم العقد.

[وقال أبو حنيفة ـ في قوله الآخر في مسألة القسمة ـ: إنَّه لا يجوز إلَّا بعد بيان مكان الإيفاء؛ لأنَّ العقد لما لم يوجب التَّسليم في مكان العقد صارت الأمكنة سواءً][٣].

فما قالاه ظاهرٌ، والذي قاله أبو حنيفة أفقه.

|١٠٠٢| مسألةٌ: إعلام قدر رأس المال شرطٌ عند أبي حنيفة.

وقالا[٤]: ليس بشرطٍ.

لأنَّ رأس المال عوض عينٍ، فلا يشترط للجواز بيان القدر؛ قياسًا على سائر الأعيان التي تجعل[٥] أعواضًا.

وهذا لأنَّ بيان القدر لو شُرط [لشُرط][٦] للإعلام، فإنَّه لا ربا بين رأس

[١] في حاشية «أ» (واحد منهما).
[٢] «ص» (بيعًا)!
[٣] ما بين [ ] ليس في «ص».
[٤] «ص» (وعندهما).
[٥] «ص» (تجب).
[٦] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

المال والسَّلم؛ لأنَّهما جنسان مختلفان، فلا يُشترط[١] إعلام القدر لنفي الرِّبا، على أنَّه لا يشترط في مال الرِّبا إلَّا إثبات المساواة دون إعلام القدر، فإنَّهما لو تصارفا كفَّة بكفَّةٍ أجزأ[٢] لَمَّا ثبتت المساواة بذلك.

ولما شرط للإعلام لم يشترط مع الإشارة؛ لأنَّها أبلغ أسباب إعلام العين، فإنَّه يقطع[٣] الشَّركة من كلِّ وجهٍ.

يدلُّ عليه إن كان رأس المال ثوبًا أو حيوانًا[٤]؛ بخلاف المسلم فيه؛ لأنَّه ليس بعينٍ، فلا يصير معلومًا إلَّا بالأوصاف التي ترفع الجهالةَ، والقدرُ رأسُها، ورأسُ المال متىٰ لم يكن عينًا لم يكن بُدٌّ من ذكر قدره[٥] أيضًا.

وأمَّا أبو حنيفة فإنَّه روىٰ مذهبه عن ابن عمر رضي الله عنه.

والمعنىٰ فيه: أنَّ إعلام قدر المسلم فيه شرطٌ ليجوز السَّلم، ويصير مقدور التَّسليم له، ولن يحصل ذلك الإعلام إلَّا بإعلام قدر رأس المال، فيصير إعلامه شرطًا؛ كما جعلتم جميعًا الإعلام شرطًا في باب الصَّرف[٦] إذا كان جنسًا واحدًا، ولم يكن عينًا في الكفَّة، لا للإعلام بعد الإشارة؛ بل لنفي الرِّبا.

والدَّليل عليه: أنَّ دراهم النَّاس في العادة لا تخلو عن قليل زيفٍ، وعن

---

[١] «ن» (لشرط)، «ص» (يشترط).

[٢] «ن» (أجزأه).

[٣] «ص» (فإنها تقطع).

[٤] «ص» زيادة (فإن إعلام قدر ماليته ليس بشرط).

[٥] «أ» «ن» (قدرها)، والمثبت من «ص».

[٦] «أ» «ن» (الضَّرب)، والمثبت من «ص».

الرَّواج على الصَّيارفَة[١] ، على أنَّه ليس كلُّ مشترٍ يجد الصَّيرفيّ في حال العقد، والشَّيء يُباع سلمًا للحاجة إلى الثَّمن على ما مرَّ، فمتى جوز مجهول القدر، وقُبِض[٢] ثمَّ أنفق لحاجته ـ بقدر الحاجة ـ على مثال نفقة الفقراء شيئًا فشيئًا بقيت الزُّيوف في العادة، فيردها[٣] على ما عليه العادة، واستحقَّ بالشَّريعة، وقلَّ ما يتَّفق الاسترداد في مجلس الرَّد، فينتقض العقد بقدر المردود، والمردود عليه في العادة يخلط المردود بغيره، فيبطل السَّلم بقدر المردود، ولا يدرى كم هو من الجملة؟ فيبقى المسلم فيه مجهول القدر، وإذا كان الغالب هذا أعطي له حكم المتحقِّق؛ لأنَّ البابَ بابُ الرِّبا بسبب جهالة المبيع، فيحتاط له.

وبه علَّل أبو حنيفة في الكتاب؛ ولأنَّا ذكرنا أنَّ القدرة يُحتَاج إليها حين حلول الأجل، وإنَّما تبقى القدرة إذا لم يتبدَّل الحال من الوجه الذي قلنا، والظَّاهر على التبدُّل فلا تثبت القدرة بالشَّكِّ، وكان هذا نظير ما إذا أسلم في طعام قريةٍ لا يبقى إلى حين الأجل عادةً.

ولا يلزم إذا كان رأس المال ثوبًا؛ لأنَّه لا يمكنه إعلام قدره؛ لأنَّه غير مقدر[٤].

ألا ترى أنَّ المسلم فيه يتوزَّع على قدر قيمة الثَّوب، وهي لا تدرى على الحقيقة، ولا يمكن ذكرها، ولو ذكرت قيمة الثِّياب التي جعلت رأس المال[٥]

---

[١] «ص» (الصبر).

[٢] «ص» زيادة (المشتري).

[٣] «أ» «ن» (فورودها)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٤] «ص» (مقدور).

[٥] «ن» (مالٍ).

لم يتوزَّع المسلم فيه على ما ذكر؛ بل عند الحاجة يُقَوَّم ثانيًا، فيقسم عليها، فسقط اعتباره بعذر[١] العجز مع قيام علَّة الجواز رخصةً، وهي[٢] الحاجة إلى بدل السَّلم مع عدم ما باع، فإنَّه ربَّما يحتاج إلى الثَّوب وربَّما يحتاج إلى الدَّراهم.

ولأنَّ الثَّوب يندر هلاك بعضه دون بعضه[٣]، أو فسخ العقد بسببه في البعض، وفي الدَّراهم لا يندر لما ذكرنا: أنَّ قليل الزَّيف يروج فيها، ويكون ردُّ الزُّيوف[٤] بسبب الزِّيافة أمرًا ظاهرًا بين النَّاس، قلَّ ما يخلو عنه أخذٌ وإعطاءٌ.

❁ **فإن قيل**: إنَّ ردَّ الزُّيوف يكون باختيارٍ منه، فيُضاف العجز إليه، فتكون جهالةً طارئةً بسبب ردِّ الزُّيوف[٥]، وإنَّه لا يفسد العقد.

❁ قلنا: لا اختيار له حكمًا؛ لأنَّه لا يمكنه تركه إلَّا بفوتٍ[٦] حقِّه في[٧] الجودة الثَّابتة بالعقد، ولمَّا كان ذلك باستيفاء[٨] ما وجب بالعقد صار مقارنًا حكمًا؛ لأنَّ السَّبب هو العقد، وهذه العادة لا يُمكن إثباتها في المكيلات [والموزنات][٩]؛ لأنَّ العيب فيها مثل العيب في الثِّياب لا يختلفان؛ ولأنَّ باب الرِّبا يثبت بالشُّبهة فيثبت مع الشَّكِّ.

---

[١] «ص» (بقدر).

[٢] «أ» «ن» (وهو)، والمثبت من «ص».

[٣] «ص» (بعض).

[٤] «ص» (الزيف)، وهو كذلك في المواضع بعده.

[٥] «ص» وحاشية «أ» (الزيف).

[٦] «أ» (بترك)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٧] «ص» (صفة).

[٨] «ص»، «ن» (لاستيفاء).

[٩] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».

والجواب ما ذكرنا: أنَّ غير المثلَّيات لا يمكن بيان أقدارها، فسقط اعتباره بعدم الإمكان، [وتعليلنا لبيان أنَّ الإعلام شرطٌ؛ لا لبيان أنَّه لا يسقط بعدم الإمكان][١]، وكلامهما أقيس، وأنور[٢] للقلوب، وما ذهب إليه أبو حنيفة فيه بعض ظلمة[٣]، وقد احتجَّ أبو حنيفة في الأصل بهذه الحجَّة، والله أعلم.

❊ ❊ ❊

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ص»، والمثبت من «ن».

[٢] «ص» (أقربُ).

[٣] «ص» (الظلمة).

فَصْلٌ
في شرائط البقاء على الصِّحَّة

إذا أسلم فيما ينقطع[١]، فلم يقبض حتَّىٰ انقطع خُيِّر رَبُّ السَّلم.

وقال بعض النَّاس: يبطل السَّلم؛ لأنَّ المسلم فيه في حكم مبيع عين، والأوان بمنزلة الوجود، فيكون انقطاع الأوان بمنزلة الهلاك، وهذا بمنزلة من اشترىٰ شيئًا بفلوسٍ، فكسدت قبل القبض، فإنَّ البيع يبطل، وإن كان الثَّمن دينًا؛ لأنَّ حياته[٢] في رواجه، فصار الكساد كالهلاك.

إلَّا أنّا نقول: إنَّ الأوان سببٌ لوجود الرُّطب عينًا بقبض، لا وصفًا في الذمَّة؛ لأنَّ الرُّطب سبب وجوده خلق الله تعالىٰ النَّخلة[٣] مثمرةً، وهذا الحكم من الله تعالىٰ لم يتبدَّل، وسبب ثبوته في الذمَّة العقد، وإنَّه لم يفسخ، والأوان سبب وجوده عينًا بقبضٍ، فبانقطاع الأوان يتأخَّر القبض، فيصير كمن يشتري عبدًا فيأبق قبل القبض.

بخلاف الفلوس تكسد، فإنَّ الثَّابت في الذمَّة فلوسٌ [هي][٤] أثمان، وسبب كينونتها أثمانًا الاصطلاح علىٰ الرَّواج، وسبب الثُّبوت في الذمَّة العقد، [والعقد][٥] وإن لم يفسخ فقد ذهب الاصطلاح، فهلكت الثَّمنيَّة، وفاتت؛ لا إنْ

[١] «ص» (أوانه فإنه يخير رب السلم...).

[٢] «ص» (جناية).

[٣] في حاشية «أ» (الشجرة).

[٤] ما بين [ ] ليس في «ص».

[٥] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

تعذُّر القبض، فقبض الفلوس متيسِّر بعد الكساد؛ فكان كالشَّاة تموت.

وكان القياس من مسألتنا أن لو بقي الاصطلاح على الرَّواج؛ ولكن عزَّت الفلوس، فلم توجد أعيانها التي يمكن قبضها.

[١٠٠٣] **مسألةٌ**: إذا أسْلَم عشرة دراهم في كُرِّ حنطةٍ، وسَلَّم الدَّراهم، [وتفرَّقا][١]، ثمَّ وجد المسْلم إليه بعضها[٢] زيفًا بعد المجلس، فردَّ= بطل العقد بقدره قياسًا، وهو قول زفر.

وقال أبو يوسف ومحمَّد: لا يبطل إذا استردَّ في مجلس الرَّد استحسانًا.

وقال أبو حنيفة بالقياس في الأكثر من النِّصف، وفي الأقلِّ[٣] بالاستحسان، وعنه في النِّصف روايتان.

وجه القياس: أنَّ الرَّد بحقِّ الزِّيافة ينقض القبض[٤] من الأصل؛ بدليل أنَّه يصحُّ من غير قضاءٍ ولا رضىً؛ كالرَّد بخيار الشَّرط والرُّؤية، وهذا لأنَّ حقَّه في الجيِّد [في الذمَّة والزَّيف غير الجيِّد][٥] وصفًا، فيصير إذا ادَّعى الجيِّد[٦] منكرًا قبض حقِّه، فيصير من المبيع كالرَّد بالعيب قبل القبض.

ألا ترى أنَّه إذا لم يسترد في مجلس الرَّد بطل، ولو بقي القبض الأوَّل

[١] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».
[٢] «أ» (بعضا)، والمثبت من «ن»، و«ص».
[٣] «ص» (الأول).
[٤] «ص» (نقض للبيع).
[٥] ما بين [ ] ليس في «ص».
[٦] «ص» زيادة (وصفا).

لما بطل[١].

وكما[٢] قال أبو حنيفة في الأكثر من النِّصف، ولما بطل القبضُ من الأصلِ بطل العقد بقدره؛ كما لو تفرَّقا قبل قبض ذلك القدر، وكما لو وجد البعض مستحقًّا، واستردَّه صاحبه.

|١٠٠٤| مسألةٌ: ولهذا قلت[٣]: إنَّ البائع إذا قبض الثَّمن، وسَلَّم السِّلعة، ثمَّ وجد الثَّمن زيفًا، فردَّ= استردَّ المبيع؛ كأنَّه لم يقبض الثَّمن أصلًا، والمشتري قبض المبيع بغير إذنه؛ لأنَّ الإذن كان متعلِّقًا بقبض الثَّمن، فانعدم بعدمه.

ووجه الاستحسان: أنَّ الزِّيافة في الدَّراهم عيبٌ، والعيب[٤] لا يمنع صحَّة القبض وتمامَه؛ كما لا يمنع صحَّة البيع وتمامه[٥].

ألا ترى أنَّه إذا اشترى شيئين وقبضهما، ثمَّ وجد بأحدهما[٦] عيبًا ملك ردَّ أحدهما[٧]، ولو لم يتمَّ لم يملك؛ كما قبل القبض، ومع خيار الشَّرط.

وكذلك لو تجوز به جاز، ولو كان غير حقِّه لم يجز، ولما تمَّ القبض مع العيب حصل التَّفرق بعد استيفاء موجب العقد، فسقط اعتباره؛ إلَّا أنَّه بالرَّد يجب

---

[١] «ص» زيادة (بقدر زيفها).

[٢] «ص» (وبهذا).

[٣] «ص» (قلنا).

[٤] في حاشية «أ» (كما لا يمنع صحة القبض).

[٥] «ص» (كما لا يمنع صحة البيع وتمامه كذلك لا يمنع صحة القبض وتمامه).

[٦] «ص» (بهما).

[٧] «ص» زيادة (دون الآخر).

قبضٌ مبتدأٌ لانتقاض الأوَّل.

ولمَّا وجب ثانيًا[١] بعد السُّقوط للحال، وجب القبض في مجلس الوجوب آخرًا، لا عبرة بمجلس العقد؛ لأنَّ القبض الذي أوجبه العقد فيه قد استوفى وسقط اعتباره.

فأشبه ما لو زاد ربُّ السَّلم في رأس المال بعد التَّفرُّق فإنَّه يصحُّ، ويقبض في مجلس الزِّيادة.

بخلاف المستحقَّة؛ لأنَّ الاستحقاق يمنع الملك والتَّمام، ويوجب التَّوقُّف على الإجازة، فصار استيفاء حكم العقد من القبض في المجلس موقوفًا على الإجازة؛ كأصل الملك على أنَّه يتم استيفاءً بالإجازة، ويمتنع تمامه بالرَّد؛ كأصل الملك، لا[٢] أن يرتفع بعد التَّمام.

وكذا الثَّاني لا يجب ابتداءً بعد التَّفرُّق؛ بل يظهر[٣] وجوبُه بزوال المانع، فيكون مضافًا إلى العقد، فيعتبر لصحَّته مجلس العقد؛ كما لو وجد البعض رصاصًا أو ستُّوقة(٤).

ولهذا قلنا نحن جميعًا ـ إلَّا زفر ـ: إنَّ البائع إذا قبض الثَّمن، وسلَّم السِّلعة، ثمَّ وجد الثَّمن زيفًا[٥]، فردَّ= لم يبق له حقُّ الاسترداد للحبس، ولو وجده مستحقًّا

---

[١] «ص» زيادة (وجب ثانيا).

[٢] «ص» (إلا).

[٣] «ص» (نظير).

(٤) في «طلبة الطلبة» (ص: ١٠٩): «السَّتُّوقة ما يغلب غشه على فضته». وفي «التعريفات» (ص: ١١٧): «الستُّوقة: ما غلب عليه غشه من الدراهم».

[٥] في حاشية «أ» (زيوفا).

ـ فردَّ ـ استردَّ المبيع.

لأنَّ الحقَّ لم يسقط في المستحقِّ؛ بل توقَّف حسب توقُّف حقِّه في الثَّمن، وفي الزَّيف تم حقُّه، وقبضه في الثَّمن، فسقط حقُّه في الحبس، فصار التَّسليم منه بعد ذلك تسليمًا صحيحًا، وإسقاطًا للحبس تامًّا؛ لأنَّه بناء على قبض الثَّمن، وإنَّه قبضٌ تامٌّ، ولمَّا كان إسقاطًا تامًّا لم يحتمل العود؛ لأنَّ الإسقاطات لا تحتمل العود بعد التَّمام؛ كالإبراء والطَّلاق ونحوهما، وأشبه ما إذا أعار البائع المشتري المبيع، فقبضه، فإنَّه لا يعود فيه؛ لأنَّ للمستعير يدًا تامَّةً[١].

ولأنَّه لا معاوضة بين قبض الثَّمن وقبض المبيع، إنَّما المعاوضة بما ثبت بالعقد، فأمَّا إذا كان الثَّمن مستحقًّا، فالقبض موقوفٌ، فتوقَّف التَّسليم بناءً عليه، وإذا لم يجز صاحبه، ومنع بالرَّد تمام قبض الثَّمن، فيمتنع تمام سقوط حقِّ البائع في الحبس، والإسقاط ممَّا يرتدُّ بعدم[٢] التَّمام.

ألا ترى أنَّ الإبراء يرتدُّ بالرَّد، وتمتنع بينونة[٣] الطَّلاق بالرَّجعة.

ولأبي حنيفة: أنَّ القبض الثَّاني بعد الرَّد، فيجب بالعقد لا بالرَّد؛ لأنَّ الرَّد نقَض القبض من الأصل ـ على ما قاله زفر ـ، والنَّقض لا يوجب قبضًا مبتدأً، فإنَّه ضدُّه؛ لكن ينعدم [به][٤] الموجود، فيجب ـ ما يجب بالعقد ـ كأنَّه عقد، ولم يقبض، فيعتبر لصحَّته مجلس العقد، لا مجلس الرَّد؛ كما قاله زفر.

---

[١] «ص» (يد أمانة).

[٢] «أ» (بعد)، «ص» (لعدم)، والمثبت من «ن».

[٣] «ن» (بثبوته).

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

إلَّا أنَّا تركنا هذا القياس في القليل دفعًا للحرج، فإنَّ دراهم النَّاس لا[١] تخلو عن قليل زيف، وإنَّما يوقف عليها في الأغلب بعد التَّفرق، فلو أبطلنا السَّلم بحقِّ الزِّيافة لضاق الأمر، والله تعالىٰ ما جعل عليكم في الدِّين من حرج، فجوَّزنا[٢] دفعًا للضَّرورة[٣]، وهذه الضَّرورة معدومةٌ في الكثير؛ لأنَّ أكثر الدَّراهم لا يكون زيفًا إلَّا نادرًا.

وبخلاف المستحقَّة؛ لأنَّ الاستحقاق قليله وكثيره ممَّا يندر؛ فلا يؤدِّي القول بالقياس فيه إلىٰ الحرج.

وبخلاف الزِّيادة؛ لأنَّها تجب بالزِّيادة، فيعتبر لقبضها مجلس سبب وجوبها - وهو الزِّيادة -، إلَّا[٤] أنَّهما استحسنا وجعلا مجلس الرَّد في حكم مجلس الزِّيادة؛ لأنَّ العقد قد[٥] استوفىٰ قبضه بتمامه، والرَّد ثانيًا[٦] جعل العقد موجبًا قبضًا آخر، فيصير الرَّد سببًا[٧] موجبًا، وكعلَّة العلَّة؛ لأنَّ الرَّد نقض الأوَّل، ثمَّ[٨] العقد الماضي أوجب قبضًا آخر.

إلَّا أنَّ أبا حنيفة لم يقل به؛ لأنَّ السَّبب الموجب ما يوجب علَّة الحكم، والرَّد ليس يوجب قبضًا، ولا سبب القبض، وهو العقد، ولكن عند الرَّد يصير

---

[١] في حاشية «أ» (قلما).

[٢] «ص» (فجوزناه).

[٣] «ص» (للحج والضيق).

[٤] «أ» (لا)، والمثبت من «ن» «ص».

[٥] «ص» وحاشية «أ» زيادة (كان).

[٦] «ص» (ثابتا).

[٧] «ن» (بسبب).

[٨] في حاشية «أ» (حقه).

السَّبب الموجود[١] موجبًا، فيكون كالشَّرط.

وصاحباه أقاما الشَّرط مقام العلَّة توسعةً علىٰ النَّاس، وللشُّروط حكم العلل في كثير من المواضع.

ولا يشكل وجه القياس بمسألة حبس المبيع الذي قلنا؛ لأنَّا علَّلنا لبيان أنَّ القبض الثَّاني يجب بالعقد، لا بالرَّد، وههنا المشتري يلزمه الثَّمن بالشِّراء، لا بالرَّد.

ثمَّ الجواب أنَّ حقَّ البائع بطل بالإذن المطلق من البائع بالقبض ـ علىٰ ما قلنا ـ، لا بقبض الثَّمن، حتَّىٰ إذا قبض البائع الثَّمن، وقبض المشتري المبيع بلا إذن البائع ثمَّ ردَّ البائع الدَّراهم بالزِّيافة، استردَّ المبيع.

ولا يلزم إذا حلف: لا يفارق غريمه حتَّىٰ يستوفي ما عليه، فاستوفىٰ زيوفًا، ثمَّ ردَّ= لم يحنث ـ وإن كان فارقه ـ؛ لأنَّ تعليلنا لبيان أنَّ الرَّد نقضٌ من الأصل، وأنَّ القبض الثَّاني يجب بالعقد، لا بالرَّدِّ، فيشترط في مجلس العقد، وفي اليمين[٢] القبض الثَّاني يجب بسببه، لا بالرَّد، وهذا ليس من كفَّارة اليمين في شيءٍ، إنَّما الكفَّارة تجب بالمفارقة مع قيام اليمين.

ألا ترىٰ أنَّ اليمين لو كانت مؤقَّتةً باليوم فمضىٰ اليوم قبل الاستيفاء، ثمَّ فارق= لم تجب الكفَّارة لسقوط اليمين بالوقت ـ وإن بقي حقُّ الاستيفاء ـ.

فكذا ههنا سقط اليمين[٣] بالقبض؛ لما ذكرنا: أنَّ الزِّيافة لم تمنع تمام

---

[١] «ص» (الموجب).

[٢] «ص» (وفي الثمن).

[٣] «ص» (لم تجب الكفارة لسقوط اليمين).

القبض، فلا يحنث ـ وإن عاد حقُّ الاستيفاء بعد اليمين ـ.

ولا يلزم الوكيل بالشِّراء إذا نقد الثَّمن من مال الموكِّل، ثمَّ ردَّ عليه بالزِّيافة، يعود مضمونًا، ولا يصير كأن لم يكن؛ لأنَّا لم نقل: «يصير بالرَّد كأن لم يكن»؛ لكن قلنا: «القبض الثَّاني يجب بالسَّبب الأوَّل، لا بالرَّد؛ وههنا يلزم الوكيل تسليم الثَّمن ثانيًا بالشِّراء، لا بالرَّد».

ثمَّ الجواب: أنَّ شراء الوكيل يوجب للبائع عليه ثمنًا؛ كأنَّه اشترىٰ لنفسه وله علىٰ الموكِّل ثمنًا؛ كأنَّه باعه منه بعد الشِّراء لنفسه، وإنَّه بقضاء الثَّمن من مال الآمر يصير مقتضيًا ماله علىٰ الآمر؛ قاضيًا ما عليه، فالقضاء ـ وإن بطل بردِّ المشتري ـ فالاقتضاء منه لا يبطل ما لم يردَّ علىٰ البائع[1]، فلذلك يبقىٰ مضمونًا، ولا يصير كأن لم يوجد القضاء أصلًا، والله أعلم.

[1] «ص» (الآمر).

فَصْـلٌ
في الصُّلح عن السَّلم

الكفيل بالسَّلم إذا صالح علىٰ رأس المال لم يجز[١] إلَّا بإجازة المسْلم إليه[٢] عندهما.

وقال أبو يوسف: الصُّلح جائزٌ في حقِّ الكفيل، باطلٌ في حقِّ المسْلم إليه ـ إلَّا أن يجيزه ـ، فيكون حقُّ ربِّ السَّلم قبل الكفيل في رأس المال، وحقُّ الكفيل قبل المسلم إليه في السَّلم ـ إلَّا أن ينوي ما علىٰ الكفيل ـ؛ فيعود حقُّ ربِّ السَّلم في السَّلم قبل الأصيل.

|١٠٠٥| مسألةٌ: وكذلك رجلان أسْلَما في كُرِّ حنطةٍ، ثمَّ صالح أحدهما علىٰ رأس المال= لم يجز[٣] إلَّا بإجازة الآخر عندهما.

وقال أبو يوسف ﷺ: هو جائزٌ علىٰ المصالح خاصَّةً، دون شريكه؛ إلَّا أن ينوي حقَّه قبل المسلم إليه في السَّلم، فيرجع علىٰ الشَّريك، ويشاركه في رأس المال، ويكون السَّلم أيضًا بينهما إن خرج يومًا من الدَّهر.

ولم يذكر في الكتاب قول أبي يوسف فيما إذا أجاز الآخر؛ ما حكمه؟

احتجَّ أبو يوسف بأنَّ الصُّلح علىٰ رأس المال ـ في باب السَّلم ـ بمنزلة

---

[١] «ص» (يجب).
[٢] «ص» (رب السلم).
[٣] «ص» (لم يجب).

الصُّلح علىٰ سائر الأبدال في سائر الدُّيون ، ثمَّ الكفيل بسائر الدُّيون يملك الصُّلح بسائر[١] الأبدال مثل الأصيل ، وينفذ عليه خاصَّة ، فكذلك الكفيل بالسَّلم يملك الصُّلح علىٰ رأس المال كالأصيل ، وينفذ عليه خاصَّة .

وهذا ؛ لأنَّ ما لزم الكفيل لزمه بعقد الكفالة ؛ لا بعقد السَّلم ، والدَّين الواجب بغير السَّلم والصَّرف يقبل الصُّلح والاستبدال ؛ إلَّا أنَّ ربَّ السَّلم إنَّما يصالح عمَّا وجب له بعقد السَّلم ، فلا يملك الاستبدال ، ويكون فسخًا ضرورة أنَّه عاقدُ السَّلم فلذلك لا يملك إلَّا علىٰ رأس المال ، فيصحُّ فسخًا في حقِّه ، استبدالًا في حقِّ الكفيل ، ويصير الكفيل به كالكفيل بسائر الدُّيون .

وهذا كالإقالة فسخٌ في حقِّ المتعاقدين ، بيعٌ جديد في حقِّ ثالث ، وإذا صار كذلك لم يصر صلحه تصرفًا في العقد ، ولا فسخًا في حقِّ الكفيل ، فلا يبقىٰ للأصيل حقُّ ردٍّ .

وكذلك أحد رَبَّيْ[٢] السَّلم إذا صالح علىٰ رأس المال نفذ عليه ؛ لما ذكرنا : أنَّ الصُّلح عن السَّلم علىٰ رأس المال جائز ؛ كالصُّلح عن سائر الدُّيون علىٰ سائر الأبدال ، وأحد الشَّريكين في سائر الدُّيون لو صالح علىٰ بدلٍ ، وقبض نفذ عليه ، ولم يبطل بردِّ صاحبه ، فكذا هذا ؛ إلَّا أن ينوي ما بقي علىٰ الغريم ، فللشَّريك الذي لم يصالح أن يرجع علىٰ المصالح ، فيكون المقبوض بينهما ، والباقي من الدَّين بينهما ، فكذا هذا .

ولأَنْ[٣] جُعل الصُّلح ههنا فسخًا للعقد ، فلأحد الشَّريكين حقُّ الفسخ علىٰ

---

[١] «ص» وحاشية «أ» (علىٰ).

[٢] «ص» (أخذ رب).

[٣] «ص» (ولئن) ، وفي حاشية «أ» (ولكن).

نصيبه ؛ كرجلين اشتريا عبدًا[١] ثمَّ ردَّ أحدهما نصيبه بالعيب ، أو بخيار الرُّؤية ، أو الشَّرط= صحَّ إذا رضي البائع ، بلا خلافٍ ، وهو فسخٌ .

ولا يُقال: إنَّ الفسخ في باب السَّلم لا يحتمل العود إلىٰ السَّلم ؛ وههنا إذا نوىٰ ما علىٰ المسلم إليه شركة[٢] الشَّريك فيما قبض ، والباقي من السَّلم يكون بينهما ؛ وذلك لأنَّ الفسخ في باب السَّلم لا يحتمل الارتداد إلىٰ العقد كما ذكرت ، وقد نفذ[٣] الفسخ ههنا في النِّصف ، ولا يرتدُّ منه شيءٌ .

فأمَّا أن يكون المقبوض من رأس المال خالصًا للمُصَالح والباقي للآخر فبابٌ آخر ليس من الفسخ في شيءٍ ؛ ولكنَّه من باب قبض أحدهما بدلَ نصيبه من الدَّين ، فإنَّما يسلم له بشرط سلامة ما لم يقبض الآخر ؛ لأنَّه أخذه صلحًا عن نصيبه من الدَّين حقيقةً ، وإنَّما كان فسخًا في حقِّ ما بينه وبين المطلوب لضرورة أنَّ الاستبدال بالسَّلم قبل القبض لا يجوز ، فجعل فسخًا ليجوز ، وهذه الضَّرورة في حقِّ ما بينهما ؛ لا في حقِّ ما بينه وبين شريكه من قبض أحدهما نصيبه أو بدل نصيبه ؛ لأنَّه ليس بينهما عقدُ سَلمٍ ، والثَّابت بالضَّرورة يتقدَّر بقَدَرِها ، فبقي في حقِّ ما بينهما صلحًا كما قالاه وأخذ البدل[٤] نصيبه من الدَّين ، فيكون عود حقِّه فيما بقي بحكم أنَّه صُلحٌ ؛ كما في سائر الدُّيون ، لا بحكم أنَّه فسخٌ ، إنَّما ذلك في حقِّ ما بينه وبين المسلم إليه ، وليس يعود الحقُّ في ذلك النِّصف الذي ثبت فسخًا في حقِّ المسْلم إليه .

---

[١] «ص» (عينا) .

[٢] «ص» (بشركة) .

[٣] «ص» (يعود) .

[٤] «ص» (وأحد والبدل) .

وكذلك لو قبض أحدهما نصيبه من السَّلم، وسلم له الشَّريك ذلك، ثمَّ نوىٰ ما علىٰ المسْلم إليه= كان المقبوض بينهما، والباقي[١] بينهما، فيعود حقُّه إلىٰ المسلم فيه بعد السُّقوط؛ لأنَّ المقبوض لم يسلم له، فكذا ههنا إذا لم يسلم له المقبوض من بدل الصُّلح.

فاعتبر أبو يوسف في المسألتين جميعًا جانب الدَّين الواجب بالعقد؛ لا جانب العقد، وجعل الصُّلح صلحًا واستبدالًا إلَّا في حقِّ عاقدي السَّلم، أو أحدهما، فإنَّه جعله فسخًا لضرورة أنَّه لا يجوز الاستبدال به قبل القبض، فجعله فسخًا في حقِّ ربِّ السَّلم في مسألة الكفالة دون الكفيل، وجعله فسخًا في المسألة الثَّانية في حقِّ الذي صالح والمسلم إليه، دون حقِّ الشَّريك.

ولهما: أنَّ الصُّلح عن السَّلم علىٰ رأس المال فسخٌ؛ لأنَّه لا يجوز الاستبدال به قبل القبض، وإنَّما حقُّه في السَّلم بعينه، أو رأس المال بالفسخ، والفسخ تصرُّفٌ في عقد السَّلم برفعه، والكفيل أجنبيٌّ عنه، وإنَّما قام مقام الأصيل في الواجب به، فلم ينفذ فسخه؛ كما لم ينفذ فسخ الأجنبيِّ؛ وكما لو صرَّح بفسخ العقد.

وكما لو جاء الكفيل بثوبٍ أجود من المسلم فيه[٢]، وقال لربِّ السَّلم: «خذه وزدني[٣] درهمًا» لم يجز؛ لأنَّه تصرُّفٌ في العقد، وهو أجنبيٌّ عنه؛ بخلاف سائر الدُّيون، فإنَّه جائزٌ الاستبدال به قبل القبض، فيكون تصرُّفًا في الواجب بالكفالة، وهو قائمٌ مقام الأصل فيه.

---

[١] «ص» (التاوي).

[٢] «أ» «ن» (السَّلم)، والمثبت من «ص».

[٣] «ص» (ورد لي).

فأمَّا قول أبي يوسف: «إنَّه صلحٌ واستبدالٌ في حقِّ الكفيل».

فالجواب عنه: أنَّ الكفيل مطالبٌ بما وجب بعقد السَّلم؛ لا بدينٍ آخر، فإنَّه لو كان مطالبًا بغيره لما صحَّ؛ لأنَّه يكون بدلًا عن السَّلم، وإنَّه لا يجوز، ولمَّا صار مطالبًا بعين السَّلم لم يملك الاستبدال عليه.

دلَّ عليه أنَّ الكفالة ليست بسببٍ لوجود[1] دينٍ لم يكن؛ بل تزداد بها مطالبة بالدَّين الذي على الأصيل؛ كما بالحوالة لا يجب دينٌ مبتدأٌ؛ بل محوَّل إلى ذمَّته عن الأوَّل، وإذا كان كذلك لم يكن ما يطالب به الكفيل محتملًا للاستبدال، وإن لم يكن عاقدًا للسَّلم، وصار صلحه مثل صلح عاقد السَّلم.

ولأنَّ الصُّلح في باب السَّلم تبتنى صحَّته على العقد دون السَّلم الواجب به ـ على ما نذكر في المسألة الثَّانية ـ وإذا ابتني عليه لم يجز[2]؛ لأنَّ الكفالة لم تزد عقدًا إنَّما زاد ضمانًا.

[3] وأمَّا أحد رَبَّيْ السَّلم إذا صالح عن نصيبه من رأس المال؛ فلمَا ذكرنا أنَّه فسخٌ للعقد، وولاية هذا الفسخ تنشأ من العقد، والعقد يثبت بهما، والولاية تثبت بتمامه[4]، والتَّمام ثبت[5] بهما، فتنعدم الولاية بانعدام أحدهما.

كرجلين أعتقا أمةً لم يملك أحدهما التَّزويج؛ لأنَّ الولاية تثبت بالولاء،

---

[1] «ص» وحاشية «أ» (لوجوب).

[2] «ص» (لم يجب).

[3] «ص» زيادة (مسألة).

[4] «ن» (تمامه).

[5] «ص» (وجد).

والولاء بكمال الإعتاق[١]، وكماله ثبت بهما، فانعدم بانعدام أحدهما، وكذلك كلُّ حكمٍ يثبت بعلَّة ذات وصفين ينعدم بانعدام أحدهما.

وإنَّما قلنا: الولاية تثبت بالعقد؛ لأنَّ الفسخ رفعٌ للعقد، والعقد في باب السَّلم أصلٌ لوجود[٢] المسلم فيه؛ لأنَّه بالعقد يثبت دينًا في الذمَّة، فكذلك في الرَّفع[٣] يكون[٤] أصلًا لسقوط السَّلم.

بخلاف شراء العين، فإنَّ العين أصلٌ لوجود العقد، فإنَّ العين ما لم يكن موجودًا[٥] لا يوجد العقد ـ وإن تعاقدا ـ، فكذلك عند الرَّفع[٦] يكون العين أصلًا لصحَّة الرَّفع[٧] عنه، وإذا كان العين أصلًا والعين مشترك[٨]، ملك كلُّ واحدٍ الولاية بنصيبه؛ لأنَّ نقض ملك العين علَّة لنفاذ التَّصرف فيه من المالك، فكانت العلَّة تامَّة.

فأمَّا ههنا تثبت الولاية بالعقد، وقد ثبت بهما جميعًا، ولا هو أيضًا شيءٌ مشتركٌ بينهما، بل هو علَّة وجوب الشَّركة في السَّلم.

فاعتبر أبو حنيفة في الفصلين جانب العقد، لا جانب الدَّين.

---

[١] «ن»، «ص» (العتاق).

[٢] «ص» وحاشية «أ» (لوجوب).

[٣] «ص» (الدفع).

[٤] في حاشية «أ» (بنفسه).

[٥] «ص» (ما لم تكن موجودة).

[٦] «ص» (الدفع).

[٧] «ص» (الدفع).

[٨] «ص» (فالعين مشتركة ذات أنصباء).

فما قاله أبو يوسف ظاهر ؛ لأن السَّلم دين كسائر الدُّيون ومبيعٌ حكمًا كسائر الأعيان ، وما قاله أبو حنيفة[١] أدقُّ في الفرق بين هذا العقد وعقد البيع ؛ لأنَّه جعل العقد ههنا أصلًا ، فجعل الكفيل أجنبيًّا عنه ، وكذلك أحد المتعاقدين أصلٌ لقبول البيع إذا كان عينًا ، فما لم يوجد مملوكًا للبائع لا يصحُّ ، وإذا كان دينًا كان العقد أصلًا ، والمبيع يجب به .

ألا ترىٰ أنَّهم قالوا في المبيع العين إذا فسخ أحدهما جاز .

فصل القبض ، نذكره في باب المرابحة .

وأمَّا الإجارة: وهي بيع المنفعة ، فمذكورةٌ في كتاب الإجارات .

وأمَّا الفصل الرَّابع ، وهو الاستصناع[٢]:

|١٠٠٦| مسألةٌ: قال أبو حنيفة: الاستصناع إذا ضُرِبَ فيه الأجل يصير سلمًا ، وتُعتبر فيه شرائط السَّلم وأحكامه .

وقالا: لا يصير سلمًا إلَّا فيما لا يجوز فيه الاستصناع .

وذهبا إلىٰ أنَّ الاستصناع بيع عينٍ تخرج من صناعة غير مضاف إلىٰ الذمَّة .

ألا ترىٰ أنَّه إذا خرج كان له الخيار[٣] إذا رآه ، ولا خيار في السَّلم إذا قبضه ؛ لأنَّه بيع دينٍ ، وهذا بيع عينٍ ؛ لكن عين تستخرج عينًا لا عينٌ موجود ، والأجل

[١] في حاشية «أ» زيادة (ومحمد).

[٢] «أ» (مسألة وأما الفصل الرابع وهو الاستصناع) ، وفي «ن» من غير ذكر (مسألة) ، والمثبت من «ص» .

[٣] في حاشية «أ» (هو بالخيار).

في مثل هذا الباب يدخل لمنع العامل عن تأخير العمل عنها، والتَّعجيل في المدَّة[١]، لا تأخير العمل عن الحال.

وكيف يؤخِّر؟ وليس في الذمَّة مبيعٌ واجبٌ بهذا العقد، وإنَّما الواجب هو العمل، والمدَّة شُرطت لتحصيل العمل في المدَّة، لا لتأخيره[٢] عنها، هذا هو التَّفاوت[٣] من الشَّرط، وإذا كان للتَّعجيل من حيث منعه عن التَّأخير عن المدَّة، والاستصناع لولا الأجل كان صحيحًا، ويوجب التَّسليم للحال، ويمنع[٤] عن التَّأخير [عن المدَّة][٥]، فكان الشَّرط على موافقة موجبه، فلا يوجب تغيير حكمه.

بخلاف الاستصناع فيما لا يجوز؛ لأنَّه لولا الأجل لفسد[٦]، فلم يكن إثبات[٧] الأجل على موافقة حكم العقد استصناعًا، ولا حكم له، فاعتُبِرَ حكم الأجل منه بنفسه، وإنَّه للتَّأخير عن مطالبتها في الذمَّة[٨]، ولن يثبت ذلك إلَّا إذا جُعِلَ الاستصناع كنايةً عن بيع ما في الذمَّة سلمًا، فجعل كذلك.

ولأبي حنيفة: أنَّ الحقَّ المستصنَع مبيعٌ لا محالة؛ لأنَّه يتملَّكه بدراهم مسمَّاةٍ[٩]، والخفُّ[١٠] المقابل بالدَّراهم مبيعٌ.

---

[١] «ص» (الملك).

[٢] «أ» «ن» (لتأخيرها)، والمثبت من «ص».

[٣] «ص» (المتعارف).

[٤] «ص» وحاشية «أ» (والمنع).

[٥] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».

[٦] «ص» (بعينه).

[٧] «ص» (لبيان).

[٨] «ص» (المدة).

[٩] «أ» «ن» (سمَّاه)، والمثبت من «ص».

[١٠] «أ» (والحق)، والمثبت من «ن».

وقال محمَّد: إذا رآه المستصنع كان بالخيار؛ لأنَّه اشترىٰ ما[١] لم يره، وإنَّما سُمِّي استصناعًا؛ لأنَّ المقصود خُفٌّ يخرج من صنعته، لا نفس الصَّنعة؛ بل هي صفة للعين، فكان الموصوف أولىٰ[٢] بأن يجعل مبيعًا من الوصف، ومبيعٌ غير عينٍ مؤجَّلٌ سلمٌ، فيجعل الاستصناع كنايةً عن السَّلم؛ لأنَّ الأجل لا يليق[٣] إلَّا به، والاستصناع يصلح كنايةً عنه كالاستصباغ في الثَّوب إذا ضرب فيه الأجل.

وكذلك المضاربة بشرط أن يكون الرِّبح كلُّه لربِّ المال تكون إبضاعًا(٤)، وإذا شرط الرِّبح كلُّه للمضارب كان إقراضًا؛ [لأنَّه لا يليق إلَّا][٥] به.

ودلَّ عليه: أنَّ القياس ألَّا[٦] يجوز الاستصناع، وأنَّه أفسد من السَّلم، حتَّىٰ جاز السَّلم في كلِّ شيءٍ يعلم بالوصف، والاستصناع لا يجوز إلَّا بما جرىٰ التَّعامل به ضرورةً، فيجعل جوازه سلمًا أصلًا ما أمكن، وإذا لم يمكن جُعل استصناعًا، لا أن يجعل الاستصناع أصلًا، فإذا لم يمكن[٧] جُوِّز سلمًا، والله أعلم.

---

[١] «ص» وحاشية «أ» (شيئا).

[٢] «أ» (أدل)، والمثبت من «ن» «ص».

[٣] «ص» زيادة (ولا يثبت).

(٤) الإبضاع: هو إعطاء شخص لآخر مالا علىٰ أن يكون جميع الربح عائدا له، ويسمىٰ رأس المال بضاعة، والمعطي المبضع، والآخذ المستبضع. انظر: «درر الحكام شرح غرر الأحكام» (٣١٢/٢)، و«مجلة الأحكام العدلية» (ص: ٢٠٤).

[٥] ما بين [ ] ليس في «ص».

[٦] «أ» (أن)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٧] «أ» (يكن)، والمثبت من «ن» و«ص».

فَصْــل
أنواع البدل

فصل المرابحة منه[١]:

[١٠٠٧] **مسألةٌ:** إذا أسْلم عشرة دراهم في ثوبين صفقة[٢] واحدة، وقبضهما، كُره له أن يبيع أحدهما مرابحةً على خمسةٍ عند أبي حنيفة.

وقال صاحباه: لا يُكره.

لأنَّ حصَّة كلِّ واحدٍ من الثَّوبين بحكم العقد خمسةٌ بالعدد دون التَّقويم؛ بدلالة جواز السَّلم فيها، ولو انقسم الثَّمن بالقيمة لما جاز عند أبي حنيفة؛ كما لو كانا مختلفين.

وبدلالة: أنَّهما لو تقايلا في أحدهما العقد ردَّ خمسة، وكذلك الرَّد بالعيب لا تقويم، فوجب أن يملك بيع أحدهما مرابحةً على خمسةٍ؛ قياسًا على ما إذا اشترى كُرَّيْ حنطةٍ بعشرةٍ، وقبضهما، فله أن يبيع أحدهما مرابحةً على خمسةٍ.

وكذلك لو سمَّى لكلِّ ثوبٍ خمسة ـ والمسألة بحالها ـ؛ لأنَّ انقسام الثَّمن على المبيعين متى كان بالعددين المتساويين جرى ـ في إطلاق بيع المرابحة على ما انقسم عليه ـ مجرى الانقسام بالتَّسمية كما في المثليَّات.

ولأبي حنيفة: أنَّ القبض السَّلم شبهة تجديد العقد في حقِّ المسلم إليه،

---

[١] «ص» وحاشية «أ» (من أنواعها).

[٢] «أ» «ن» (بصفةٍ)، والمثبت من «ص».

ولو تجدَّد العقد علىٰ الثَّوبين بعشرة ما جاز بيع أحدهما مرابحةً[١] ، فكذا إذا ثبتت شبهة التَّجدُّد ؛ لأنَّ الشُّبهة تمنع[٢] المرابحة كالحقيقة .

ألا ترىٰ أنَّه لو أخذ ثوبًا صلحًا علىٰ عشرة دراهم لم يملك أن يبيعه مرابحةً علىٰ عشرةٍ [ما لم يبين ، وكذلك لو اشترىٰ بعشرة نساء لم يبع مرابحة علىٰ عشرة][٣] إلَّا بعد البيان ؛ لأنَّ في الصُّلح شبهة الحطِّ ، وفي النَّساء شبهة الزِّيادة ، فاعتبر بحقيقة الزِّيادة في النَّساء ، كان بعض الثَّمن بإزاء الأجل لا بالمبيع ، فلم يجز ، وتحقيقه الحطُّ[٤] في الصُّلح ، كأنَّه أخذه بتسعةٍ وحطَّ درهمًا ، ولم يكن ثمنًا ، وإن لم يثبت حطٌّ ـ ولا زيادةٌ ـ حقيقةً ، فإنَّ الثَّوب[٥] في الحالين مأخوذٌ بعشرةٍ ، لو ردَّ بالعيب لردَّ بعشرةٍ ، ولو تقايلا عاد بالعشرة ، وكذلك مسائلُ أخرُ تدلُّ عليه .

والدَّليل علىٰ شبهة التَّجدد في مسألتنا : أنَّ مِلْك رَبِّ السَّلم دين في الذمَّة ، والذي يقبضه[٦] عينٌ هو مِلكٌ للمطلوب ، فكان غيره ذاتًا وحكمًا .

كما إذا اشترىٰ كُرًّا بعينه ثمَّ جاء بكرٍّ آخر ، فإنَّ الثَّاني لا يصير له بنفس العقد إلَّا بعد أن[٧] تجدد علىٰ الثَّاني ، فكذلك هذا ، لا يجوز أن يصير له بدلًا عن الدَّين ؛ لأنَّ الاستبدال به لا يجوز ، ومتىٰ أخذه بدلًا عن الحنطة لا يملك أن

---

[١] «ص» زيادة (علىٰ خمسة) .

[٢] في حاشية «أ» (ثبوت بيع) ، «ص» (بيع) .

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من «ص» .

[٤] في حاشية «أ» (الحق) .

[٥] «ص» (الثوبين) .

[٦] «ص» (يقتضيه) .

[٧] «أ» «ن» (بأن) ، والمثبت من «ص» .

يبيع مرابحةً علىٰ الدَّراهم ، ولا يصير له بنفس العقد ما لم يتجدَّد[١] عليه ، ويجعل داخلًا تحت العقد للحال ، وما للمبيع صورةٌ سوىٰ[٢] أن يكون عينًا للبائع يملك عليه بدراهم ، وقد تصوَّر مثله في تسليم ما عليه من السَّلم ؛ إلَّا أنَّ الشَّرع جعل هذا تسليمًا[٣] لما عليه ، وطريقًا إلىٰ إيفاء دينٍ يجوز الاستبدال به ، ولمَّا صار إيفاءً حُكمًا وضرورةً ؛ لأنَّ الدَّين لا يستوفىٰ إلَّا بعين[٤] مبيعٍ[٥] ؛ كونه استيفاء ثبوت حكم العقد الجديد ، فثبتت الشُّبهة .

[لأنَّ حدَّ الشُّبهة][٦] الشَّرعيَّة: قيام العلَّة صحيحةً بلا عملٍ لمانعٍ اتَّصل به ؛ كما في الصُّلح والنَّسيئة ، فإنَّ الصُّلح للحطِّ إلَّا أنَّ تسمية كلِّ العشرة بثوب منع الصُّلح عن ثبوت حكم الحطِّ ، فثبتت[٧] الشُّبهة .

وكذلك مَبنَىٰ النَّسيئة علىٰ الزِّيادة لمعنىٰ الأجل ؛ إلَّا أنَّ التَّسمية بإزاء الثَّوب منع الانقسام علىٰ الأجل ، فثبتت شبهة الانقسام ، وأن يكون بعض الثَّمن بإزاء الأجل دون الثَّوب ، فمنع بيع المرابحة كالحقيقة ، ولم يظهر في الإقالة والرَّدِّ بالعيب ، فكذا هذا ، علىٰ أنَّ مسألة الرَّد بالعيب لا تتصوَّر فيما نحن فيه ؛ لأنَّ السَّلم متىٰ رُدَّ بعيبٍ وجب الرُّجوع بثوبٍ[٨] آخر لا برأس المال .

[١] «أ» «ن» (يجدِد) ، والمثبت من «ص» .
[٢] «ص» زيادة (هذا) .
[٣] «ص» زيادة (لهما) .
[٤] «ن» (بغير) .
[٥] «ص» (مع) .
[٦] ما بين [ ] ليس في «ص» .
[٧] في حاشية «أ» (فبقيت) .
[٨] «ص» (بعيب) .

وقد قال محمَّد بن الحسن في الجامع: «إذا أَسْلَمَ عشرة دراهم في كُرِّ حنطةٍ ثمَّ باع من المطلوب كرًّا بخمسين درهمًا، وحلَّ [أجلُ][١] كُرِّ السَّلم، فأراد أن يقبضه بكُرِّ السَّلم= لم يكن له ذلك».

قال[٢]: لأنَّه اشترىٰ ـ ما باع ـ بأقلَّ ممَّا باع قبل نقد[٣] الثَّمن، وهو لم يشتر حقيقةً بعد البيع، وإنَّما قبض، ومحمَّد سمَّاه شراءً؛ لأنَّ شراء ما باع بأقلَّ[٤] ربًا، والرِّبا حرامٌ بشبهة المحرّم.

كما تثبت حقيقته علىٰ ما ذكرنا في مسائل ربا الفضل، فصار لقبض السَّلم[٥] حكم الشِّراء في تحريم الرِّبا، فكذا في بيع المرابحة، ومتىٰ أنكر هذا لم يكن بدٌّ من تجويز[٦] هذا الاستيفاء.

❁ فإن قيل: إنَّ العقد إذا أوجب القسمة علىٰ وجهٍ لم ينفسخ بتفاوتٍ يحصل عند القبض؛ كما إذا اشترىٰ جاريتين قيمتهما سواءٌ بألف[٧]، ثمَّ ازدادت إحداهما، ثمَّ قبض= لم ينفسخ القسمة[٨] علىٰ التَّساوي، فكذلك في مسألتنا هذه، وإذا لم ينفسخ بقي علىٰ ما قبل القسمة[٩]، وقبل القسمة[١٠] كان الانقسام

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٢] «ص» (قالا).
[٣] «ن» (بعد).
[٤] في حاشية «أ» زيادة (مما باع).
[٥] «أ» (الثمن)، «ص» (لفظ السلم)، والمثبت من «ن».
[٦] «ص» (تقرير).
[٧] «ص» زيادة (درهم).
[٨] «ص» (لم تنسخ القيمة).
[٩] «ص» وحاشية «أ» (القبض).
[١٠] «ص» وحاشية «أ» (القبض).

بالعدد دون القيمة.

والجواب عنه: أنَّ الانفساخ ليس بالقبض، ولكن بشبهة العقد الجديد أوجب شبهة الانفساخ، وليس في[١] المعنيين شبهة تجدُّد[٢] العقد في حقِّ مقابلة الثَّمن؛ لأنَّ المقابلة بإزاء القائم عند العقد، وما يزداد[٣] أمانةً لا ينقلب مضمونًا إلَّا بقبض يرد على الزِّيادة منفصلةً عن الأصل، لا تبعًا للأصل على ما هو الأصل عندنا في الزَّوائد.

وإذا كان هكذا صار هدرًا[٤] في حقِّ القسمة، حتَّى إذا ولدت المبيعة قبل القبض، ثمَّ قبضا= انفسخت[٥] القسمة؛ لأنَّ الولد صار مقصودًا بنفسه، مبيعًا بالقبض بحقِّ العقد، منفصلًا عن الأصل، ولمَّا صار مقصودًا بنفسه مبيعًا، ولم يكن العقد تناوله حتَّى وقع، ولا كان استيفاءً لما ورد [عليه العقد][٦]، صار عقدًا في حقيقته صورةً وحكمًا.

وفي مسألتنا هذه قبض كذلك[٧] ما لم يتناوله العقد بذاته كذلك قبضًا مقصودًا بنفسه، فأشبه الولد؛ ولكن لمَّا كان استيفاء حكمًا ـ والاستيفاء يكون لعين[٨] الواجب لا غيره ـ منع انعقاد جديد العقد حكمًا، وثبتت الشُّبهة بقيام

[١] في حاشية «أ» (في شراء الجاريتين).

[٢] «ن» (تجديد)، «ص» (جديد).

[٣] (يزداد) مكررة في «ن».

[٤] «ص» (هذا).

[٥] «أ» «ن» (انتسخت)، والمثبت من «ص».

[٦] ما بين [ ] ليس في «ص».

[٧] «ص» (ذلك).

[٨] «أ» «ن» (بعين)، والمثبت من «ص».

صورة المبيع الجديد في الثَّوب العين.

❁ **فإن قيل**: هذا التَّفاوت الحاصل بين الثَّوبين هدرٌ في حكم المقابلة؛ لأنَّ المستحقَّ بالعقد ثوبان، لا تفاوت بينهما بوجهٍ، ولكن لعدم الإمكان جوِّز مع التَّفاوت الذي لا يمكن الاحتراز عنه، فأشبه تفاوت الأمتين قيمةً بعد العقد، فإنَّه لمَّا هدر اعتباره بدليلٍ ذكرته لم تغير[١] القسمة.

بخلاف رجلين اشتريا دارًا بألفٍ، واقتسما[٢] = لم يملك أحدهما بيع نصيبه مرابحةً على خمسمائةٍ، [لا][٣] لتفاوتٍ ثبت بينهما؛ لأنَّ المانع ليس هو التَّفاوت، فإنَّه هَدرٌ كما ههنا في حقِّ مقابلة الثَّمن؛ ولكن لما أنَّ للقسمة فيما لا يُكال ـ ولا يُوزن ولا يُعدُّ عددًا ـ شبهة مبادلةٍ جديدةٍ، فمنع بيع المرابحة كالحقيقة.

❁ **قلنا**: هذا التَّفاوت لا يجب أن يلغى؛ لأنَّه مستحقٌّ بالعقد، فإنَّ السَّلم أوجب لربِّ السَّلم ثوبين في حال الدَّينية والعينيَّة، فإنَّهما[٤] دينٌ قبل القبض وعينٌ بعدهُ، وهو عين المعقود عليه حكمًا لا غيره، وكلُّ حالٍ موجب العقد نفسه[٥] لا غيره، والقسمة على التَّساوي لم تكن بالتَّسمية، ولكن بتساوي الثَّوبين دينًا، فإذا جاء التَّفاضل ـ وهو مستحقٌّ بالعقد ابتداءً في حقِّ العين ـ وجب ببدل القسمة إلى الحزر والظنِّ، فإن لم تثبت كذلك حقيقة[٦] لما أنَّه استيفاءٌ ثبتت الشُّبهة.

---

[١] «ص» (تعتبر).

[٢] «أ» «ن» (وأقسما)، والمثبت من «ص».

[٣] ما بين [ ] ليس في «ن».

[٤] «ن» (فإنها).

[٥] «ص» (بالعقد بنفسه).

[٦] «ص»، «أ» (حقيقته) والمثبت من حاشية «أ».

بخلاف الأمتين ؛ لأنَّ الزِّيادة حدثت غير مضمونةٍ ـ على ما عُرف ـ ، فلا تنقلب مضمونةً إلَّا بقبضٍ مقصودٍ له ، ولم يوجد ، وههنا التَّبدُّل حصل في نفس الذَّات ، والقبض ورد عليه مقصودًا ، فهذا مَزَلُّ القَدم.

فإنَّ السَّلم في حكم العين ؛ لأنَّه مبيعٌ ، وإنَّما يتحقَّق عينًا بالقبض الذي لا يصحُّ على طريق الاستبدال ، فلم تتبدَّل القسمة ، ولم يأخذ شبهة التَّبدل بزيادةٍ تحصل بعد القبض متَّصلةً بالأصل لما كان حقيقة مثله لا يوجب تبدلًا.

فأمَّا الإشكال[١] أنَّ لقبض السَّلم شُبهةَ عقدٍ جديدٍ على ما قاله محمَّد في مسألة: شراء ما باع بأقلَّ ممَّا باع ، ولكن العقد الجديد لا يوجبُ تبديلَ القسمة[٢] بتفاوت يكون عند القبض دون العقد ، وهذا بمنزلته ؛ لأنَّ السَّلم ما انتسخ بوجهٍ ، ولا أخذ شبهةَ الانتساخ ، فإنَّ الاستيفاء يؤكِّد العقد ، ولا يُوهنه.

والجواب: أنَّه من حيث قبض يؤكِّده ، ومن حيث إنَّه غير ما تناوله العقد يوجب نقل العقد إليه ابتداءً ، ورفع الأوَّل ، فأوجب الشُّبهة إن لم يعمل.

❁ فإن قيل: في باب رأس المال إذا قبض ربُّ السَّلم[٣] ثمَّ تفاسخا ، لم يلزمه ردُّ رأس المال [بعينه][٤] ، ولا يجوز الاستبدال به ؛ كما في جانب السَّلم.

❁ قلنا: إنَّه ليس بإشكال المسألة ، فإنَّه إجماعٌ في السَّلم أنَّه يقبض عينه ، حتَّى لو تقايلا ردَّه بعينه ، ولو كان غير[٥] الأوَّل لما جاز أن يبيعه مرابحةً على

---

[١] «ن» (فأما لا إشكال).

[٢] «ص» (القيمة).

[٣] «ص» وحاشية «أ» (المسلم إليه).

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» ، والمثبت من «ن» و«ص».

[٥] «ص» (عين).

خمسةٍ؛ لأنَّ رأس ماله ثوبٌ كان في الذمَّة.

وذكر محمَّد بن الحسن في الزِّيادات: «لو أخذ الكفَّار منَّا ألف درهم نقد[١] بيت المال، وأحرزوها[٢] بدراهم[٣]، ثمَّ دخل إليهم مسلمٌ، واشتراها بألف غلَّة، وقبض، وخرج بها إلينا= أخذها ربُّ المال بألف غلَّة»؛ لأنَّه مفيدٌ[٤]، ولولا أنَّه قبض عين الواجب، وإلَّا لما أخذ منه.

كما إذا باع المسلم ثوبًا بألف درهم نقد[٥] بيت المال[٦]، ثمَّ قبض هذه الألف= لم يكن للمأخوذ منه عليها سبيل؛ لأنَّه ما قبض عين الواجب المقابل بالثَّوب؛ بل قبض مثله، ومثله ألف نقد بيت المال،

[فصار كما لو اشترىٰ بألف نقد بيت المال][٧]، فلا يكون للمأخوذ منه عليها سبيل؛ لأنَّه لا[٨] يفيد، فثبت أنَّه لا خلاف في هذا القدر، وأنَّ مسألة الإقالة إشكالٌ علىٰ[٩] الكلِّ.

وهذا، لأنَّ سبيل الأثمان عندنا: أنَّها لا تتعيَّن بعقد عوضٍ، ولا بالقبض مستحقًّا بالعقد، فإنَّ الأمثال تقبض بأمثالها عندنا[١٠]؛ إلَّا أنَّا أثبتنا حكم التَّعين

[١] «أ» «ن» (بِعَدِّ)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».
[٢] «أ» «ن» (وأحرزوه)، والمثبت من «ص».
[٣] في حاشية «أ» (الحرب).
[٤] «ص» (مقيد).
[٥] «أ» (بعد)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٦] «ص» (نقد ثبت المالُ).
[٧] ما بين [ ] ليس في «ن».
[٨] «أ» (ما لا)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٩] في حاشية «أ» (عن).
[١٠] في حاشية «أ» (لا بأعيانها).

في تجويز الصَّرف ضرورة أنَّه لا يصحُّ إلَّا به، فلم يجب التَّعيين في حقِّ[١] الإقالة، فأمَّا الثَّوب متىٰ عُيِّن تعين[٢] مطلقًا، وقد عين بالقبض بعقد السَّلم، فتعيَّن مطلقًا، فظهر من كلِّ وجهٍ تعينه.

فثبت أنَّه لا خلاف أنَّ قبض السَّلم[٣] ليس بعقدٍ جديدٍ حقيقةً، ولا بقبض[٤] لغير المعقود عليه، والعقد الأوَّل إنَّما يتناولهما حقيقةً حال القبض.

إلَّا أنَّ أبا حنيفة اعتبر التَّفاضل فيما بينهما في حقِّ المرابحة للشُّبهة، وهما أهدرا[٥]؛ لأنَّه حادثٌ بعد العقد حكمًا، والله أعلم.

|١٠٠٨| مسألةٌ: إذا اشترىٰ ثوبًا بعشرةٍ، ثمَّ باعه بخمسة عشر، ثمَّ اشتراه بعشرةٍ= لم يبع مرابحةً علىٰ عشرةٍ إلَّا أن يبين الأمر علىٰ وجهه عند أبي حنيفة.

وعندهما رحمهما الله: له ذلك.

لأنَّه لو اشتراه منه بلا ربحٍ لباعه مرابحةً، فكذلك بالرِّبح.

دليله: لو باعه بثوبٍ يساوي خمسة عشر، ثمَّ اشتراه منه بعشرةٍ، وكذلك لو باعه الثَّاني، ثمَّ اشتراه، ثمَّ باعه من الأوَّل بعشرة؛ وهذا لأنَّ الرِّبح مالٌ استفاده بالشِّراء الأوَّل، وهذا الثَّاني غير الأوَّل، ولا اتِّصال بينهما بوجهٍ، فلا يُعتبر ذلك الثَّمن في هذا بوجهٍ.

[١] «ص» (فلم يثبت في حق).
[٢] «أ» «ن» (بعينٍ)، والمثبت من «ص».
[٣] «ص» (المسلم فيه).
[٤] «أ» «ن» (يقبض)، والمثبت من «ص».
[٥] «ص» (أهدراه).

أرأيت لو باع أوَّل مرَّةٍ بعشرين[١] ، ثمَّ اشتراه بعشرةٍ لا يبيع مرابحةً على[٢] شيءٍ.

أرأيت لو وُهب لرجلٍ ثوب فباعه بعشرةٍ ثمَّ اشتراه بعشرةٍ ألا يبيع مرابحةً على ما[٣] اشترى ، والعشرة أوَّل مرَّةٍ كلها ربحٌ.

ولأبي حنيفة: أنَّ المشتري بالشِّراء الثَّاني استفاد[٤] ملك الثَّوب ، وتأكَّد الرِّبح في الشِّراء الأوَّل ؛ لأنَّ ذلك الرِّبح كان بعرض السُّقوط لكون سببه بعرض أن يفسخ بسبب ما ، وبالشِّراء الثَّاني صار بحيث لا يحتمل الفسخ ؛ كالمهر قبل الدُّخول قبل[٥] قبض المرأة بعرض السُّقوط[٦] ، ويتأكَّد بالدُّخول ضَربُ تَأَكُدٍ ، بأن يصير بحيث لا يحتمل الفسخ[٧] ، وللتَّأكد شبهة الملك ، وللشُّبهة[٨] حكم الحقيقة في المنع من بيع المرابحة على ما مرَّ ،

وأشبه ما لو[٩] اشترى من مكاتبه شيئًا كان المكاتب اشتراه ، فإنَّه لا يبيع مرابحةً إلَّا على أقلِّ الثَّمنين ـ وإن صحَّ شراء الثَّاني[١٠] وثبت ثمنه ـ ؛ لأنَّ فيه شبهة الفساد من حيث إنَّ شراء الأوَّل من المكاتب كان فيه شبهة الوقوع للمولى ،

[١] «ص» زيادة (درهما).
[٢] جملة غير واضحة في حاشية «أ».
[٣] في حاشية «أ» (إلى من).
[٤] «ص» (استيفاء).
[٥] «ص» وحاشية «أ» (بعد).
[٦] في حاشية «أ» (لكون سببه بعرض أن يفسخ).
[٧] في حاشية «أ» (السقوط).
[٨] «ص» (والنسبة).
[٩] «ص» ، «ن» (إذا).
[١٠] في حاشية «أ» (من المكاتب).

فجعلنا الشُّبهة كالحقيقة في المنع عن بيع المرابحة، فجعلنا كأنَّ الثَّابت أحد الشِّراءين الذي هو أقلُّ ثمنًا.

ولو اشترىٰ الثوب[١] وخمسة دراهم بعشرةٍ، لم يبع الثَّوب مرابحةً فكذا هذا.

ولا يلزم إذا اختلف جنس الثَّمن؛ لأنَّ الرِّبح لا يظهر إلَّا بعد التَّقوم[٢]، والعقد يتعلَّق بالعين بالمتقوِّم[٣]، لا بقدر القيمة، فلا يجب التَّقويم بحقِّ العقد، وإذا لم يجب لم يظهر الفضل والرِّبح. فأمَّا إذا اتَّفق جنس الثَّمن، فالزِّيادة تظهر بالذَّات والتَّسمية، وهي موجودةٌ.

وهذا كما قلنا: إنَّ شراء ما باع بأقلِّ ممَّا باع قبل نقد الثَّمن= لا يجوز، ويكون ربًا.

وإذا اختلف جنس الثَّمن جاز؛ لأنَّ الأقلَّ لا يظهر قبل التَّقويم، ولا تقويم بحكم العقد.

ولا يلزم إذا تخلَّل ملك ثالثٌ؛ لأنَّ الرِّبح قد تأكَّد بالملك الثَّابت[٤]؛ لأنَّه لا يحتمل الفسخ علىٰ تلك الحالة.

فأمَّا إذا اشترىٰ بعشرةٍ، و[٥] باع بعشرين، ثمَّ اشترىٰ بعشرةٍ، ما ينبغي أن يبيع مرابحةً علىٰ أصل أبي حنيفة.

---

[١] «أ» (ثوبا)، والمثبت من حاشية «أ».

[٢] «ص» (التقويم).

[٣] «أ» (المتقوم).

[٤] «ص» وحاشية «أ» (الثالث).

[٥] في حاشية «أ» (ثم).

وأمَّا إذا وهب له ثوب، فباعه بعشرة، ثمَّ اشتراه بعشرةٍ، فلا رواية عن أبي حنيفة فيه.

ومحمَّد قد يستشهد بالمختلف فيه لنفسه ولخصمه، وإنَّه جائزٌ على طريق أنَّ الخصم متى لم يسلم نقل الكلام إليه لزيادة وضوحٍ فيه، ثمَّ يُقال لهما: أرأيت المكاتب إذا وُهب له ثوبٌ، ثمَّ اشتراه المولى بعشرةٍ، أيبيع مرابحةً؟

❁ فإن قالوا[١]: لا؛ لأنَّ الثَّمن كلُّه ربحٌ، كذلك نقول ههنا.

وإن قالوا[٢]: نعم، وقد ثبت أنَّه لو اشتراه بخمسةٍ، ثمَّ باع من المولى بعشرةٍ لم يبع المولى مرابحةً إلَّا على خمسةٍ= كان الفرق بين الهبة والرِّبح بالإجماع، فلا يلزم أبا حنيفة الخروج عنه.

ووجه الفرق: أنَّ الرِّبح في الهبة عين[٣] الهبة، لا بدله، فإذا باع الهبة بعشرةٍ، ثمَّ اشتراه بعشرةٍ فما ربح شيئًا سوى تأكُّد ملكه في الهبة بأن انقطع الرُّجوع، وذلك التَّأكد كان بالبيع، لا بالشِّراء، والله أعلم.

|١٠٠٩| مسألةٌ: إذا اشترى ثوبًا ممَّن لا يجوز شهادته له، وكان البائع اشتراه= لم يبع مرابحةً إلَّا على أقلِّ الثَّمنين، كما لو اشترى من مكاتبه[٤].

وقال صاحباه: يبيع مرابحةً على ما اشترى.

---

[١] في حاشية «أ» (قالا).

[٢] «أ» «ن» (قالا)، والمثبت من «ص».

[٣] «أ» «ن» (من الهبة غير)، والمثبت من «ص».

[٤] «ص» زيادة (عند أبي حنيفة).

لأنَّ البيع الثَّاني يثبت من كلِّ وجهٍ، فثبت ضمانُه من كلِّ وجهٍ ـ أيضًا ـ بلا شبهةٍ.

وإنَّما قلنا ذلك؛ لأنَّ المشتري ما له حقُّ ملك فيما اشترىٰ قبل الشِّراء ليأخذ الثَّاني شبهة الفساد والسُّقوط.

ألا ترىٰ أنَّه لو كانت أمةً حلَّ للمشتري قبل الشِّراء أن يتزوَّجها.

بخلاف الشِّراء من المكاتب؛ لأنَّ له حقّ ملك في ماله حتَّىٰ لا يحلُّ له أن يتزوَّج أمته، فيكون الشِّراء علىٰ هذا الوجه فاسدًا، فإن لم يعمل به أخذ شبهةً[١]، فمنع بيع المرابحة إلَّا علىٰ أقلِّ الثَّمنين؛ لأنَّ أحدهما صحيحٌ له إن اعتبر بالعبد المأذون فالأوَّل صحيحٌ، وإن اعتبر بالحرِّ فالثَّاني صحيحٌ.

ولأبي حنيفة: أنَّ زيادة الثَّمن في البيع الثَّاني احتمل إن كانت بسبب الوصلة التي بينهما، فبينهما من الوصلة ما يمنع المماكسة لاتِّصال المنافع بينهما، وهذه زيادةٌ لا تكون من التِّجارة في شيءٍ، فيصير بمنزلة شراء الشَّيء نسَاءً، فإنَّه لا يبيع مرابحةً علىٰ ما اشتراه[٢] إلَّا ببيانٍ لزيادةٍ حصلت من قبل النَّساءِ، وإنَّه يُصار إليه للعجز عن النَّقد للحال، وما يُصار إليه للعجز[٣] لا يكون من التِّجارة.

وكذلك الثَّوبُ؛ الصُّلح عن عشرة لا يُباع مرابحةً ليمكن شبهة الحطِّ في الصُّلح، وإنَّه حطٌّ ليس من التِّجارة، فالصُّلح لا يُصار إليه إلَّا للعجز أو الكرم، وما هما من باب التِّجارة في شيءٍ، فكذلك الزِّيادة لصلة القرابة ليست من

[١] «ص» زيادة (الفساد).

[٢] «ن» وحاشية «أ» (اشترىٰ).

[٣] في حاشية «أ» (إذ الكرم فما هما من باب التجارة).

التِّجارة في شيءٍ.

|١٠١٠| **مسألةٌ**: إذا اشترىٰ جراب هروي كلُّ ثوبٍ بعشرةٍ، ثمَّ أراد أن يبيع أحدهما مرابحةً علىٰ عشرةٍ.

كان له ذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمَّد ﷺ: ليس له ذلك إلَّا أن يبين.

قال محمَّد: لأنَّ العرف بين التُّجار البيع كذلك مع كون الثِّياب متفاوتة في أنفسها قصداً إلىٰ ترويج الرَّديء بالجيِّد. فتتمكَّن شبهة الزِّيادة في الرَّديء لمكان الجيِّد، لا لنفسه، فإذا باع وحده كُره؛ كما في الثَّوب يأخذه صلحًا أو يشتريه نساءً.

ولهما: أنَّ هذه الشُّبهة التي اعتبرها محمَّد شبهة زيادةٍ هي من التِّجارة والرِّبح بهذا يحصل بين النَّاس، فإنَّ الحاذق منهم يبيع بزيادةٍ لا يقدر عليه الأخرق[١] من غير جنايةٍ، ثمَّ لا تمنع زيادة في الثَّمن حصلت برفق البائع[٢] وحذقه من بيع المرابحة عليه، فكذا هذا.

فأمَّا سائر الوُجوه الذي[٣] اعتبرها فزوائدُ لا من حيث التِّجارة، لكن بضدِّها، فأخذ شبهة زيادة تكون من قبل الخيانة[٤]، فإذا سقط اعتبار هذه الشُّبهة

---

[١] «أ» «ن» (الأحرف)، والمثبت من «ص» وفي حاشية «أ» (الأحذق).

[٢] «ص» (برفع المانع).

[٣] «ن» (التي).

[٤] في الأصول (الجناية) ـ في هذا الموضع وما بعده ـ، وفي حاشية «أ» (الخيانة)، وقد عدلتها دون نص علىٰ ما في الأصول فيما يأتي من مواضع.

باعه مرابحةً ؛ كما لو تفرَّقت الصَّفقة فاشترىٰ كلَّ ثوبٍ بعشرةٍ بعقدٍ علىٰ حدةٍ.

|١٠١١| **مسألةٌ**: إذا اشترىٰ ثوبًا بعشرةٍ، ثمَّ باعه مرابحةً علىٰ ما اشترىٰ، وذكر أنَّه أحد عشر.

قال أبو حنيفة ومحمَّد: يخيَّر المشتري إذا علم [به][1] بين الإجازة والرَّد.

وقال أبو يوسف: يحطُّ[2] الدِّرهم[3].

|١٠١٢| **مسألةٌ**[4]: وإذا وليه البيع بما اشترىٰ، وذكر أنَّه أحد عشرة[5].

قال أبو حنيفة، وأبو يوسف: يحطُّ قدر الخيانة، ولا خيار.

وقال محمَّد: يخير كما في المسألة الأولىٰ.

أمَّا أبو يوسف فإنَّه يقول: إذا قال: «بعتك علىٰ ما اشتريتُ» وهو عشرةٌ بربح درهم، أو «بعتك بما اشتريت بلا ربحٍ» وهو عشرةٌ، ففي الحالين باعه بالثَّمن الأوَّل، وإنَّه كافٍ لتمام العقد به من غير تفسيرٍ، فصار التَّفسير بعد ذلك بزيادة أمر استغنىٰ عنه، فإن وافق ما سبق[6] أوجب تقريره، وإن خالفه أوجب تغييره[7]، وهو لا يملك، فارتدَّ بنفسه؛ كما لو باع بعشرةٍ، ثمَّ زاد درهمًا بنفسه لم يصحّ.

---

[1] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[2] في حاشية «أ» (قدر).

[3] في حاشية «أ» (ولا خيار)، وفي «ص» (فحسب).

[4] «ص» وحاشية «أ» (فصل التولية).

[5] «أ» (أحد عشر).

[6] «ص» (صح).

[7] «ص» (بعشرة).

بخلاف ما إذا باع بربح درهم علىٰ الرَّقم، والرَّقم فوق ما اشترىٰ؛ لأنَّه لم يبعه مرابحةً علىٰ ما اشترىٰ، بل علىٰ الرَّقم، والرَّقم شيءٌ آخر يفعل[١] علىٰ قدر القيمة والصَّلاح[٢]، فينعقد العقد عليه، لا علىٰ ما اشترىٰ؛ كما لو سمَّىٰ دراهم أخر.

وكما لو قال: «بعتك هذا الثَّوب بربحِ درهمٍ علىٰ عشرة دراهم»، وكان اشتراه بتسعةٍ[٣]، أو كانت هبةً، فإنَّ البيع يكون صحيحًا؛ لأنَّه لم يسمِّ[٤] الرِّبح علىٰ ما اشترىٰ؛ بل علىٰ ما سمَّىٰ، ولا خيانة فيما سمي.

وكذلك لو قال: «إنِّي اشتريت هذا الثَّوب بأحد عشر، وبعتك بربح درهم» يجب أن يحط قدر الخيانة علىٰ أصل أبي يوسف؛ لأنَّ الخبر كذبٌ، والكذب لا يتعلَّق به حكمٌ، فصار كأنَّه قال: «اشتريتُ»، ولم يُسمِّ شيئًا، وباع مرابحةً بربح درهمٍ علىٰ ما اشترىٰ.

وأمَّا محمَّد فإنَّه يقول: لما قال: «اشتريت الثَّوب بأحد عشر، وبعتُكَه توليةً، أو بربح درهم» فقد باعه بما سمَّىٰ من الثَّمن، والذي سمَّىٰ لم يكن ثمن الأوَّل؛ بل كان ثمنًا آخر، فلم ينعقد توليةً ولا مرابحةً[٥]؛ بل مساومةً، ولكن بصفة أنَّه توليةٌ أو مرابحةٌ، وذلك صفة[٦] مرغوبٌ فيها، ففيها أمنٌ من الغبن، فإذا انعدمت جرىٰ مجرىٰ العيب، فخير؛ كما إذا باع عبدًا علىٰ أنَّه كاتبٌ.

[١] «ن» (يعقل).
[٢] في حاشية «أ» (فإن الثوب يرقم بقيمته لا بما اشتري).
[٣] «ص» (بنفسه).
[٤] «ص» (تقم).
[٥] «ن» (ومرابحة).
[٦] «ص» (فإنها صفقة).

فاعتبر محمَّد أصل العقد، وجعل التَّولية صفةً فيه، وفوات الوصف لا يمنع صحَّة العقد بجميع ما سمَّى.

وأبو حنيفة رجَّح قول محمَّد في المرابحة؛ لأنَّها بيع بالثَّمن الأوَّل وزيادة، ومع الخيانة يبقى كذلك بيعًا بالثَّمن الأوَّل وزيادة، فلا تصير بالخيانة غير مرابحةٍ، وتبقى الخيانة كالعيب على ما ذكر محمَّد، ولمَّا أمكن[١] التَّصحيح مرابحةً، كذلك لم يجب إسقاط قدر الخيانة بعد تسمية صحَّته[٢] في بيع مبتدإٍ يوجب ثمنًا آخرًا جديدًا؛ ليكون عملًا بأصل العقد، والتَّسمية جميعًا.

وأمَّا التَّولية فبيع بالثَّمن الأوَّل بلا زيادة، فإثبات الزِّيادة يبطل معنى التَّولية، وهو إقامته مقامه فيما تولَّاه كأنَّه هو، وإذا كان مبطِلًا للتَّولية والعقد عقد بهذه اللَّفظة أبطلت بالخيانة عملًا بحقيقة التَّولية التي هي ركن العقد[٣] ولا بدَّ منه، وترك العمل بالتَّسمية فإنَّها كالبيع والزَّائد[٤] في هذا العقد لصحَّة[٥] العقد بهذه اللَّفظة دونها.

وقد حقَّقنا هذا الجواب في مسألة التَّسليم بالشُّفعة بعد هذه، وصورة المسألة غير مفسَّرة.

وربَّما لا يُسلم لأبي يوسف على ما فسَّرنا أوَّلًا، فإنَّه متى قال: «بعتك على ما اشتريت بربح درهم»، فقد تمَّ العقد، فجاز أن يلغو التَّفسير بعده إلَّا على سبيل

---

[١] «ص» (أنكر).

[٢] «ص» (صحيحة).

[٣] في حاشية «أ» (في هذا).

[٤] «ن» «ص» (والزوائد).

[٥] «ص» (يصح).

الصِّدق لما استحقَّ بالعقد، واحتمل أن يتغيَّر ما لم يسكت على الأوَّل، فيكون على الاختلاف.

|١٠١٣| مسألةٌ: من[١] كتاب الشُّفعة ـ تقرب من هذه ـ: المشتري إذا سلم الدَّار إلى الشَّفيع بزيادةٍ كان تسليمًا بالثَّمن الأوَّل، وكذلك إن سلَّم بثمنٍ غير الأوَّل.

وقال أبو يوسف: كان تسليمًا بما سمَّى اتَّفق جنس الثَّمن، أم اختلف.

وقال محمَّد: إذا اتَّفق الجنس فالجواب كما قاله أبو حنيفة، وإذا اختلف فالجواب كما قاله أبو يوسف.

وكذلك الإقالة عند أبي حنيفة تكون بالثَّمن الأوَّل كيف ما سمَّيا، وإن لم يحتمل المبيع الإقالة فسدت.

وقال أبو يوسف: هي بيعٌ جديدٌ إذا سمَّى أقل أو أكثر أو ثمنًا آخر؛ إلَّا ألَّا يمكن؛ فيصحُّ إقالة بالثَّمن الأوَّل؛ كما في المنقول قبل القبض.

وقال محمَّد بقول أبي حنيفة: إذا اتَّفق جنس الثَّمن؛ إلَّا أن يحتمل المبيع الفسخ، فيصير بيعًا جديدًا، وإذا اختلف جنس الثَّمن؛ فالجواب ما قاله أبو يوسف.

أمَّا أبو يوسف فإنَّه يقول التَّسليم بالشُّفعة بيعٌ جديدٌ؛ لأنَّه تمليك مالٍ بمال بالتَّراضي.

---

[١] «أ» «ن» (في)، والمثبت من «ص».

ألا ترىٰ[١] أنَّه متىٰ سلَّم ـ ولا حقَّ للشَّفيع ـ كان بيعًا مبتدأً ولم يبطل، إلَّا أنَّا نجعل تسليمًا لاتِّفاقهما علىٰ ذلك حال قيام الحقِّ، فإذا سمَّيا ثمنًا آخر أو أقلَّ أو أكثر، فقد أعرضا عن الخروج عن الحقِّ، فصار بيعًا جديدًا؛ كما لو لم يكن ثمَّ حقٌّ ليكون فيه عملًا بالتَّسليم معنىٰ مجازًا، وعملًا بالتَّسمية حقيقةً.

قال: وكذلك الإقالة فيها معنىٰ تمليك مبتدإٍ؛ لأنَّها[٢] تبادل مالٍ بمالٍ بالتَّراضي.

ألا ترىٰ أنَّها تجعل[٣] بيعًا جديدًا في حقِّ ثالث، ويجب بها الشُّفعة، فكانت كالتَّسليم بالشُّفعة إلَّا إذا لم يحتمل؛ كالإقالة قبل القبض في المنقول، فيجب التَّصحيح علىٰ حقيقتها، وحقيقتها لحلِّ سبب الملك، لا لملك مبتدإٍ، فسقط بالانحلال ما وجب به، ولا يجب أمر مبتدأ فيلغو ذكر الإيجاب.

وأبو حنيفة يقول: إنَّ التَّسليم عبارة عن الخروج عن واجب كالإيفاء، لا عن تمليكٍ مبتدإٍ؛ إلَّا أنَّ الواجب تمليك مالٍ بمالٍ، فأوجب الملك ابتداءً، وإذا كان تمليكًا علىٰ سبيل الخروج عن الواجب ـ وهو الرُّكن[٤] ـ كان هو أولىٰ بالمراعاة من التَّسمية التي صارت تبعًا فيه؛ لأنَّ العقد يتمُّ بدونها كما قلنا في التَّولية، ومن راعىٰ التَّسمية فأثبتها، فقد أبطل حقيقة التَّسليم.

وقول القائل: إنِّي أثبتها[٥] مجازًا؛ فكان أولىٰ من إبطال التَّسمية أصلًا.

---

[١] «ص» (إلا أنه).

[٢] «أ» «ن» (لأنه)، والمثبت من «ص».

[٣] «أ» «ن» (أنه يجعل)، والمثبت من «ص».

[٤] «ص» (الذي).

[٥] «أ» «ن» (أثبته)، والمثبت من «ص».

ولعمري هذا ترجيح عليه[١] في قدر البطلان، وإنَّما يُصار إليه بعد المعارضة والمساواة، ولا مساواة.

فقد ذكرنا: أنَّ التَّبع لا يُساوي المتبوع[٢]، وهو الجواب عن قول محمَّد في التَّولية.

ومحمَّد يقول: إن اتَّفق جنس الثَّمن، فالجواب ما قاله أبو حنيفة؛ لأنَّ زيادة الثَّمن قد تُذكر تربيحًا من غير تغيير الأصل الأوَّل، فلم تدلّ الزِّيادة على إبطال حقيقة التَّسليم.

وأمَّا إذا اختلف، فدلَّ ضرورةً على إعراضهما عن حقيقة التَّسليم إلى مجازه؛ لأنَّ ثمنًا آخر لا يكون صفةً للأوَّل بحالٍ.

ألا ترى أنَّ البيع بألف يصير بألفٍ ومائةٍ بزيادة، وبتسعمائةٍ بحطِّ مائةٍ، ولا يصير قطُّ بيعًا بدنانير إلَّا بفسخ الأوَّل وتجديد البيع.

وكذلك الإقالة كالتَّسليم من حيث إنَّها عبارةٌ عن العفو والإسقاط من قولك: «أقال الله عثراتك» والخلاف فيها[٣] وفي الفسخ واحد، وإنَّه لنقض عقدٍ أبرم، وهذا على الحقيقة لا يوجب [أمرًا][٤] ابتداءً، بل ينقض سبب وجوب[٥]، فسقط الواجب به، فيكون في إثبات مالٍ مبتدإٍ إبطالًا لحقيقته على ما قرَّرنا.

---

[١] «أ» «ن» (طلبه)، والمثبت من «ص».

[٢] «ص» (البيع لا يساوي المبيوع).

[٣] «ن» (فيه).

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٥] «ن» (وجوب).

إلَّا أنَّ أبا حنيفة قال ههنا: إذا لم يمكن تصحيح الإقالة بطلت، ولم يصر بيعًا مبتدأً، بخلاف التَّسليم[١]؛ لأنَّ الإقالة لا تحتمل معنى التَّمليك ابتداءً، وكذلك الفسخ؛ لأنَّ الفسخ ضدَّ العقد، والضدُّ لا يحتمل معنى الضدِّ مجازًا.

فحدُّ المجاز: ما يكون بمعنى الحقيقة، أو[٢] الحقيقة سببٌ له، والفسخ ليس بمعنى العقد؛ كالقطع لا يكون بمعنى الوصل، ولا العقد أيضًا سببٌ للفسخ.

بخلاف التَّسليم بالشُّفعة، فإنَّه بمعنى البيع من كلِّ وجهٍ، إلَّا أنَّه[٣] واجبٌ، والآخر غير واجب؛ كصوم النَّفل من الفرض والصَّدقة الواجبة من النَّافلة.

ولا يلزم حطُّ جميع الثَّمن، فإنَّه يجعل هبةً؛ لأنَّ هبة بعض الثَّمن يكون حطًّا، فهما[٤] بمعنى واحد حتَّى إذا اختلف الشَّاهدان بهذين اللَّفظين لم تبطل الشَّهادة؛ وهذا لأنَّ الهبة متى أضيفت إلى الدَّين كان إسقاطًا كالحطِّ، حتَّى تمَّ من غير قبولٍ، فجمعهما[٥] معنى الإسقاط، فصحَّ ثبوت أحدهما بالآخر. إنَّما الإقالة من العقد[٦] كالطَّلاق من[٧] النِّكاح.

وأمَّا قولهم: «إنَّ الإقالة في حكم بيعٍ جديدٍ في حقِّ ثالث»؛ لأنَّ الإقالة

---

[١] «ص» (السلم).

[٢] «ص» (إذ).

[٣] زاد في حاشية «أ» (بيع).

[٤] «أ» (فيها)، «ن» (فيهما)، والمثبت من «ص».

[٥] «أ» (فجمعها).

[٦] في حاشية «أ» (في البيع).

[٧] في حاشية «أ» (في).

إنَّما تصير إقالةً بتراضيهما، وتراضيهما لا يعدُّ وهمًا، فكذا فسخٌ ثبت بتراضيهما.

ولكن لمَّا عمل[١] التَّراضي عليهما انتقل الملكُ صحيحًا في حقِّهما [جميعًا][٢]، فثبت الانتقال شرعًا في حقِّ النَّاس أجمع؛ لكن في حقِّهما على الإقالة، وفي حقِّ غيرهما في حكم بيعٍ مبتدإٍ لامتناع عمل تراضيهما عمل[٣] غيرهما.

ويمنزلة حكم الحاكم المحكم إذا حكم في حقِّ المتخاصمين، و[٤] تمليك مبتدإٍ من ذي اليد في حقِّ ثالث؛ لأنَّ الحكم نفذ في حقِّهما، فصار الشَّيء ملكًا للمقضي له، وفي حقِّ غيرهما الحكم غير نافذٍ، فبقي نقل ملكٍ بلا حكمٍ وما ذلك إلَّا بتمليك مبتدإٍ، وإنَّه فقهٌ دقيقٌ.

وأمَّا محمَّد فمع أبي يوسف: أنَّ الإقالة تجتمع[٥] معنى البيع كالتَّسليم بالشُّفعة، ومتى لم يمكن تصحيحه إقالةً لابدَّ أن يصحَّ تمليكًا بمجازه.

---

[١] «ص» (احتمل).

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٣] في حاشية «أ» (على).

[٤] في حاشية «أ» (حكم).

[٥] «ص» وحاشية «أ» (تحتمل).

فَصْل الاختلاف

|١٠١٤| [مسألةٌ][١]: إذا اختلفا في قدر الأجل كان القول قول المنكر للزِّيادة.

وقال زفر: يتحالفان؛ لأنَّ القيمة تختلف باختلاف الأجل، فصار الاختلاف فيه كالاختلاف في صفة[٢] السَّلم.

إلَّا أنَّا نقول: الاختلاف في الصِّفة اختلافٌ في المعقود عليه[٣].

ألا ترىٰ أنَّه متىٰ عين علىٰ الوصفين كانا سببين[٤]، فصار كلُّ واحدٍ منهما مدَّعيًا[٥] غير ما يدَّعيه صاحبه، ومنكِرًا لما يدَّعيه صاحبه، فتحالفا بقوله ﷺ: «واليمين علىٰ من أنكر»(٦).

بخلاف شراء العين، فإنَّهما اختلفا في صفةٍ زائدةٍ كالكتابة، فالقول قول البائع؛ لأنَّ العين المشار إليه لا يصير شيئًا آخر باختلاف الصِّفة، فبقيت العبرة لنفس الصِّفة، فيصير المشتري مدَّعيًا[٧] والبائع منكرًا للزِّيادة.

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٢] في حاشية «أ» (المعقود عليه).

[٣] في «أ» (إلَّا أنَّا نقول: الاختلاف فيه كالاختلاف في صفة السلم)، وفي الحاشية كالمثبت.

[٤] في حاشية «أ» (غيرين).

[٥] «ن» (مذعنا).

(٦) سيأتي تخريجه (كتاب الشهادات).

[٧] «ن» (مذعنا).

[١٠١٥] **مسألةٌ**: وإذا اختلفا في مكان الإيفاء في باب السَّلم كان القول قول المسلم إليه[١].

وقالوا جميعا: يتحالفان؛ لأنَّ مؤنة الحمل تلتحق برأس المال في باب بيع المرابحة، فيجعل من الثَّمن، والاختلاف في المكان إنَّما يُعتبر لمؤنة الحمل، حتَّىٰ إذا لم يكن للتَّسليم حملٌ ومؤنةٌ لم يُعتبر، وإذا كان كذلك صار الاختلاف في المكان كالاختلاف في قدر الثَّمن.

ولأبي حنيفة: أنَّهما اختلفا في شرطٍ زائدٍ فلا يتحالفان، بل يكون القول قول المنكر؛ قياسًا علىٰ ما إذا اختلفا في قدر الأجل.

وإنَّما قلنا: «زائدٌ»؛ لأنَّ العقد إنَّما ينعقد علىٰ المبيع بالثَّمن في أصله، وما بعد هذا شروط زوائد.

ألا ترىٰ أنَّ أصله معاوضة، فما لا يقابله العوض يكون شرطًا زائدًا، وتأثيره: أنَّ الفائدة بالشَّرط تخصُّ المشروط له؛ إذ لا عوض عليه بإزائه، فيصير مدَّعيه مدَّعيًا محضًا، والآخر منكرًا محضًا، واليمين علىٰ المنكر دون المدَّعي.

فأمَّا أصل العقد فمعاوضةٌ، كلُّ جزءٍ من الثَّمن يقابله جزءٌ من المبيع، فلا يصير مدَّعي زيادة الثَّمن مدَّعيًا محضًا، فإنَّه ينكر حصَّته من المبيع للمشتري بإزائه، بل يصير كل واحدٍ منكرًا من وجهٍ مدَّعيًا من وجهٍ في أصل الوقوع، فيتحالفان لإنكارهما.

---

[١] «ص» وحاشية «أ» (عند أبي حنيفة).

|١٠١٦| مسألةٌ: إذا ادَّعىٰ المطلوب سلمًا بأجلٍ، وادَّعىٰ الطَّالب بغير أجلٍ، فالقول قول المطلوب استحسانًا عند أبي حنيفة.

وعندهما: القول قول الطَّالب قياسًا.

لأنَّه منكرٌ للأجل، فدخل تحت قوله: «واليمين علىٰ من أنكر».

ولأنَّ إنكاره صحيحٌ؛ لأنَّه يدفع حقًّا يلزمه، فالأجل حقُّ المطلوب قبل الطَّالب، وهذا حدُّ صحَّة الإنكار، فيكون القول قوله مع يمينه؛ كما إذا أنكر قدر الأجل.

بخلاف ما إذا ادَّعىٰ الطَّالب الأجل، وأنكر المطلوب؛ لأنَّ إنكاره فاسدٌ، لأنَّه يُنكر حقًّا يجب له، فلم يبق له غرضٌ إلَّا فساد العقد، فكان متعنِّتًا؛ فلغا كلامه.

كالمضارب وربُّ المال إذا اختلفا، فقال ربُّ المال: «شرطت لك نصف الرِّبح إلَّا عشرةً» وقال المضارب: «شرطتَ لي نصف الرِّبح»، كان القول قول ربِّ المال، وتفسد المضاربة؛ لأنَّ ربح ماله يكون له، وإنَّما يستحقُّ عليه بالشَّرط، فصار هو بإنكار العشرة دافعًا عن نفسه فصحَّ.

وبمثله: لو ادَّعىٰ ربُّ المال النِّصف، والمضارب النِّصف إلَّا عشرةً= لم يقبل[١] إنكار المضارب؛ لأنَّه ينكر شيئًا يجب له، فتجرَّد القصد قصد الفساد فلغا.

وكذلك الزَّوجان إذا اختلفا في النِّكاح بشهودٍ وغير شهود، كان القول قول

[١] في حاشية «أ» (لم يصح).

من يدَّعي بشهودٍ؛ لأنَّ الشَّهادة ليست بحقٍّ علىٰ أحدٍ ـ ليكون إنكاره دفعًا فيصحُّ ـ، فتبقىٰ العبرة لحكم العدم، وهو الفساد، فيصير المنكر متعنتًا.

ولأبي حنيفة: أنَّهما اتَّفقا علىٰ صلب العقد لما ذكرنا أنَّ تمام الصّلب بالعوضين جميعًا، وقد اتَّفقا عليه، واختلفا في شرطٍ لا يصحُّ العقد بدونه، فيكون القول قول من يدَّعي الشَّرط.

قياسًا علىٰ اختلاف الزَّوجين في شهادة النِّكاح وعدمها، وانقضاء عدَّة المرأة وعدمها، أو إسلامها وعدمه، مع كون كفرها معهودًا؛ فالشَّهادة شرط الصِّحة كالأجل ههنا.

وكذلك عدم الشِّرك في المرأة إلىٰ دين الكتاب؛ لأنَّ العوض يُقابل ما يملك علىٰ المرأة لا الدِّين، وهذا لأنَّ الشُّروط أتباعٌ، فيتضمَّن المتبوعُ التبعَ، فيصير الاتِّفاق علىٰ أصل العقد اتِّفاقًا علىٰ الشَّرط تبعًا له، فيصير كأنَّه أقرَّ بسلم بأجلٍ، ثمَّ أنكر؛ فيفسد إنكاره بإقرارٍ[١] ثبت ضمنًا؛ كما أفسدنا بالتَّعنُّت[٢] في الباب الأوَّل.

ألا ترىٰ أنَّ من نذر صلاةً لزمه الوضوء تبعًا لها، بخلاف قول الزَّوجين: «إنَّ النِّكاح كان في صباي»؛ لأنَّ البلوغ ليس بشرطٍ، فإنَّه يجوز مع الصَّبي، ولكن البلوغ شرطٌ ليصير المالك من أهل الولاية علىٰ نفسه، وأن يكون العاقد أهلًا أساسٌ لجواز التَّصرُّف، لا شرط.

❁ فإن قيل: السَّلم لا يثبت إلَّا بأجلٍ، لكن يثبت بغير أجلٍ يدَّعيه المطلوب.

---

[١] «أ» «ن» (بإقراره)، والمثبت من «ص».

[٢] «ص» (بالعيب).

۞ قلنا: ونحن لا نقضي به، ولكن نقول للطَّالب: «أقر بأيٍّ أجلٍ شئت؛ وإلَّا قضينا عليك بأقلِّ الآجال المتعارفة، وهو شهرٌ».

ولا يلزم إذا تعاقدا عقد السَّلم حالًّا؛ فإنَّه يبطل لعدم الأجل، ولا يصير كالمذكور.

۞ قلنا: وصار كأنَّهما[1] تعاقدا بأجلٍ مطلقٍ، فتعارض المقادير[2] فيفسد للجهالة؛ إلا أنَّ في[3] مسألتنا الجهالة طارئةٌ بالمنازعة، فلا توجب الفساد، فيجب طلب المخلص بالجبر على البيان، أو تعيين[4] الأدنى عرفًا[5]، والله أعلم.

[1] «ص» (لأنا نجعل كأنهما).

[2] «ص» (عقد السلم بأجل فيتعارض المتضادان).

[3] «أ» (لأنَّ في)، والمثبت من «ن» و«ص».

[4] «ص» (يعتبر).

[5] في حاشية «أ» زيادة (مسألة: ولا يلزم المضاربة لأن شرط الربح للعين ليس بشرط لصحة المضاربة.
ألا ترى أنه لو دفع ماله مضاربة إلى رجل ولم يشترط الربح كان إبضاعا؛ وهذا لأن المضاربة مشتقة من الضرب في الأرض لطلب الربح وهذا متحقق في الإبضاع، وإنما يخرج من أن يكون إبضاعا بشرط الربح للعامل، فلا يكون اتفاقهما على المضاربة اتفاقا على شرط الربح، والربح فرع رأس المال، فيكون لمن له رأس المال، وإنما يثبت الملك للمضارب لتمليك رب المال، فإذا أنكر التمليك أصلا أو قول الملك كان القول قوله، فأما الأجل فشرط شرعي لجواز عقد السلم لا يصح السلم بدونه، وكذلك اللفظ ينبئ عنه؛ لأن السلم بمعنى السلف وأنه عبارة عن الاستعجال، فكان اتفاقهما على أصل العقد اتفاقا على الأجل، وإلا لكان بعد ذلك رجوعا، والرجوع بعد الإقرار غير مسموع والله أعلم).

|١٠١٧| مسألةٌ: إذا اختلف المتبايعان في الثَّمن بعد هلاك السِّلعة لم يتحالفا عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمَّد والشَّافعي(١): يتحالفان.

لأنَّ التَّحالف حال قيام السِّلعة إنَّما يجب لاختلافهما في الثَّمن؛ لأنَّ البائع يدَّعي زيادة ثمنٍ، والمشتري يُنكر، والمشتري يدَّعي ملك المبيع كلِّه بألف درهمٍ، والبائع ينكر ويقول: «ما ملَّكتك بالألف إلَّا نصف المبيع»، فيكون القول قول كلِّ منكرٍ مع يمينه؛ والاختلاف في الثَّمن[٢] قائمٌ بعد هلاك السِّلعة، فيتحالفان كذلك.

وإذا تحالفا لم يثبت أحد الثَّمنين فبقي الثَّمن مجهولًا، فيصير العقد فاسدًا، فيلزمه ردُّ المبيع بالفساد، وقد عجز فيردُّ القيمة كما لو اشترىٰ فاسدًا من الأصل.

ألا ترىٰ أنَّهما إذا اختلفا في جنس الثَّمن بعد هلاك السِّلعة، يتحالفان فادَّعىٰ[٣] أحدهما بدراهم، والآخر بدنانير تحالفا، ولزم المشتري ردُّ القيمة.

ولأنَّهما متىٰ اختلفا في قدر الثَّمن صار اختلافًا في أصل العقد؛ لأنَّ الشِّراء بألفٍ غير الشِّراء بألفٍ وخمسمائةٍ.

ألا ترىٰ أنَّه إذا ادَّعىٰ الشِّراء بألفٍ وخمسمائةٍ، فشهد أحدهما[٤] بالشِّراء

(١) انظر: «المهذب» للشيرازي (٢/٦٧)، و«البيان» للعمراني (٥/٣٦٦)، و«المجموع شرح المهذب» (١٣/٧٠).

[٢] «ص» (اليمين).

[٣] «أ» (بأن ادَّعىٰ)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٤] «ن» و«ص» (فشهد شاهد).

بألفٍ، والآخر[١] بألفٍ وخمسمائةٍ= لم تقبل.

ولو[٢] ادَّعىٰ ألفًا وخمسمائةٍ والمسألة بحالها، قُبلت [شهادتهما][٣] علىٰ الألف، وإذا كان كذلك صار كلٌّ واحدٍ منهما مدَّعيًا عقدًا غير ما يدَّعيه صاحبه[٤]، وصاحبه ينكر ذلك، فيكون القول قوله مع يمينه، كما إذا ادَّعىٰ أحدهما بيعًا، والآخر هبةً، والمبيع هالكٌ.

ألا ترىٰ أنَّ كلَّ واحدٍ منهما لو أقام البيِّنة قبلت بيِّنته لصحَّة دعواه، فيكون الآخر منكرًا في مقابلته لا محالة.

ولا معنىٰ لقولكم: إنَّ البيع لا يحتمل الفسخ بعد هلاك السِّلعة والقاضي بعد الحلف يحتاج إلىٰ الفسخ؛ لأنَّ القاضي لا يقضي بالفسخ ليشترط له قيام السِّلعة بل يقضىٰ بفساد الثَّمنين؛ لأنَّ الحلف لا يوجب موجبه إلَّا بالقضاء، ثمَّ يفسد العقد في المبيع لفساد التَّسمية[٥]، وجائز إثبات حكم الفساد في الهالك من جانب البدل؛ إنَّما لا يجوز من جانب الهالك قصدًا.

ألا ترىٰ أنَّ من اشترىٰ عبدًا بجاريةٍ، وتقابضا[٦]، فهلك العبد، ثمَّ اطَّلع مشتري العبد علىٰ عيبٍ به= لم يقدر علىٰ ردِّ المبيع[٧]، وكذلك بوجهٍ آخر.

---

[١] «ن» و«ص» (وشاهد).

[٢] «أ» (ولم)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٤] «ن» (غير عقد صاحبه).

[٥] «ص» (الثمنين).

[٦] في حاشية «أ» (ثم)، يعني: (ثم هلك).

[٧] «أ» (البيع).

وبمثله، لو وجد مشتري الجارية بها عيبًا ردَّها، وارتدَّ البيع في العبد، فيلزمه ردُّ قيمة العبد.

وكذلك لو اختلفا في[١] الثَّمن: أنَّه دراهم أو دنانير تحالفا، ولزم المشتري ردُّ قيمة المبيع بعد اتِّفاقهما على الصحَّة.

والدَّليل على أنَّ التَّحالف ليس للفسخ؛ بل لإبطال الدَّعوى: أنَّ أبا حنيفة يرى التَّحالف - في باب النِّكاح إذا اختلف الزَّوجان في المهر - فلا فسخ؛ لأنَّ التَّسمية - وإن صارت مجهولةً بالتَّحالف - فالجهالة لا توجب فساد العقد؛ بل توجب مهر المثل فيصير إليه، وفي باب البيع جهالة التَّسمية توجب فساد العقد فيصير إليه.

وقال أبو حنيفة: لا تحالف إذا وقع الخلاف بين[٢] البائع وورثة المشتري والسِّلعة قائمة[٣]، وإن كان الفسخ ممكنًا، فثبت أنَّ المدار ليس على الفسخ وعدمه.

وتدلُّ عليه السُّنة[٤] عن رسول الله ﷺ أنَّه قال: «إذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادَّا»(٥).

---

[١] «ص» زيادة (جنس).

[٢] «ن» (عن).

[٣] في حاشية «أ» (مقبوضة).

[٤] «ص» زيادة (البيضاء).

(٥) لم أقف عليه بهذا اللفظ، وروى أحمد (٤٤٤٥)، وأبو داود (٣٥١١)، والترمذي (١٢٧٠)، والنسائي (٤٦٤٨)، وابن ماجه (٢١٨٦)، والحاكم في «المستدرك» (٢٢٩٣) عن عبد الله بن مسعود، قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا اختلف البيعان، وليس بينهما بينة فالقول ما يقول=

والرِّواية المقيَّدة بقيام[١] السِّلعة لا تضرُّنا؛ لأنَّ المعلق بالشَّرط لا يوجب عدم الحكم عند عدمه، فيوجب التَّحالف إذا قامت السِّلعة بالحديثين، وإذا هلكت بالحديث الثَّاني.

ولأبي حنيفة وأبي يوسف: الحديث المشهور عن رسول الله ﷺ: «**البيِّنة علىٰ المدَّعي واليمين علىٰ من أنكر**»(٢). والبائع مدَّعٍ بالإجماع والمشتري منكرٌ، فيمين المشتري لا خلاف فيها.

وظاهر الحديث جعل المنكر غير المدَّعي؛ لأنَّه عطف المنكر علىٰ المدَّعي، فيكون غيره بظاهر اللُّغة، فإذا تعيَّن المشتري منكرًا لم يكن مدَّعيًا بظاهره، وإذا لم يكن مدَّعيًا لم يصر البائع منكرًا، فلا يكون عليه اليمين.

= صاحب السلعة أو يترادان».

قال الحاكم: «هذا حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه» ووافقه الذهبي.

والحديث له روايات كثيرة لا تخلو آحادها من كلام؛ قال ابن عبد البر في «التمهيد» (٢٤/٢٩٠): «وهذا حديث محفوظ عن ابن مسعود مشهور، أصل عند جماعة العلماء، تلقوه أيضًا بالقبول وبنوا عليه كثيرًا من فروعه، وقد اشتهر عندهم بالحجاز والعراق شهرة يستغنىٰ بها عن الإسناد كما اشتهر حديث «لا وصية لوارث»».

وقال الخطيب البغدادي في «الفقيه والمتفقه» (١/١٨٩ و١٩٠) ـ بعد أن ذكر هذا الحديث وغيره ـ: «وإن كانت هذه الأحاديث لا تثبت من جهة الإسناد، لكن لما تلقتها الكافة عن الكافة غنوا بصحتها عندهم عن طلب الإسناد لها».

وانظر: «الأحكام الوسطىٰ» (٣/٢٧١)، و«تنقيح التحقيق» لابن عبد الهادي (٤/٧٠)، و«تنقيح التحقيق» للذهبي (٢/٩١)، و«نصب الراية» (٤/١٠٦)، و«البدر المنير» (٦/٥٩٣).

وأمَّا التحالف فلا ذكر له في روايات الحديث، وإنما ذكرت في بعض كتب الفقه. وانظر: «التلخيص الحبير» (٣/٨٤).

[١] في حاشية «أ» (بحال قيام).

(٢) سيأتي تخريجه في كتاب الشهادات.

وأمَّا من طريق الحقيقة: فالمشتري هو المنكر، ولا إنكار من البائع يصحُّ شرعًا؛ لأنَّ الإنكار شرعًا إنَّما يصحُّ إذا دفع عن نفسه حقًّا يلزمه بدعوىٰ الآخر، وبدعوىٰ المشتري لا يلزم البائع حقٌّ؛ لأنَّه لا يدَّعي عليه إلَّا السِّلعة، والسِّلعة سالمة للمشتري ملكًا ويدًا بلا اختلاف بينهما، فلا يصير البائع بإنكاره دافعًا عن نفسه شيئًا يلزمه عن[1] زيادة ثمن، والمشتري يدفعه بإنكاره.

فيصير كاختلاف يجري بين ربِّ المال والمستودَع في ردِّ الوديعة، فيدَّعي ربُّ المال: «إنَّك منعت[2] الوديعة فضمنتَ». وقال المودَعُ: «بل هلكتْ»، أو: «رددتُها[3] عليك»، فالقول قول المودَع مع يمينه؛ لأنَّه هو المنكر علىٰ الحقيقة، وإنكار ربِّ المال فاسد؛ لأنَّ ربَّ المال يدَّعي عليه الضَّمان بالتَّعدِّي، وهو ينكر ذلك ويدفعه عن نفسه، والمودَع لا يدَّعىٰ عليه شيئًا يلزمه يحتاج ربُّ المال إلىٰ دفعه عن نفسه، ففسد إنكاره.

❁ **فإن قيل**: هذا يبطل بما إذا كانت السِّلعة قائمة.

❁ **قلنا**: خصَّصناه عن ظاهر النَّص بدليل النصِّ الخاصِّ، وهو قوله ﷺ: **«إذا اختلف المتبايعان، والسِّلعة قائمةٌ بعينها، فالقول ما يقوله البائع أو يترادَّان»**.

فصار حلف البائع حكمًا معدولًا به عن القياس، فلا يجوز قياس غيره عليه.

ولا يلزم القياس أيضًا، والذي يبطله ــ ما بيَّنَّا في كتاب الشَّهادات ــ: أنَّ

---

[1] «ص» (وهو مدع).

[2] «ص» (ضيعت).

[3] «أ» «ن» (رددت)، والمثبت من «ص».

اليمين لا يصلح حجّة مثبتةً بحالٍ، ويمين البائع ههنا لإثبات زيادة ثمنٍ على المشتري في المعنى، لا للدَّفع عن نفسه على ما بيَّنا، فيكون بخلاف موضوع اليمين.

فأمَّا الجواب عن[١] الخبر: فإنَّه واردٌ في حال قيام السِّلعة؛ لأنَّه قال: «تحالفا وترادَّا»، والرَّد حقيقةٌ لنقص قبضٍ سبق، وذلك في السِّلعة القائمة.

فأمَّا القيمة فلا يتصوَّر فيها ردٌّ [ما ليس بقائمٍ][٢] على الحقيقة، [وكذلك النَّقد][٣] والكلام بحقيقته حتَّى يقوم الدَّليل على مجازه.

❊ فإن قيل: معناه: يترادَّان العقد.

❁ قلنا: ذلك التَّراد ليس إليهما، بل القاضي يفعل ذلك بحكم جهالة الثَّمن على ما بينا.

ولأنَّ ردَّ النِّصف مجازٌ[٤]؛ لأنَّ العقد لفظٌ ماضٍ، وإنَّما بقي منه حكمٌ معلومٌ؛ فلا يتصوَّر ردُّ ما ليس بقائمٍ حقيقةً والسِّلعة متصوَّر ردُّها على الحقيقة؛ لأنَّها شيءٌ محسوسٌ في يد المشتري فيردُّه إلى يد البائع.

❊ فإن قيل: إنَّ النَّبي ﷺ قال: «ترادَّا»، و«التَّراد» فعل اثنين، ولا يتصوَّر إلَّا بالعقد إذا لم يترافعا إلى القاضي، وترادَّا بأنفسهما، وإذا ترافعا فالقاضي نائبٌ عنهما فيه، فأمَّا في السِّلعة فالمشتري يردُّ ما قبض، والبائع لا يلزمه ردُّ ما قبض

---

[١] «ص» زيادة (احتجاجه).

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٣] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».

[٤] «ص» (العقد محال).

بحالٍ إذا كان ثمنًا.

۞ **قلنا:** ذاك ردُّ الثَّمن كما في الابتداء؛ العقد[١] يوجب التَّقابض، وإنَّما يقبض مثل الثَّمن؛ لأنَّه قبض[٢] مثله.

ويحتمل أن يُقال: إنَّ الحديث المطلق لم يبلغ أبا حنيفة وأبا يوسف، على أنَّ المذهب عند الشَّافعي أنَّ المطلق يحمل على المقيَّد، وخبرنا مقيَّد بقيام السِّلعة.

وأمَّا [الجواب][٣] عن المعنى الأوَّل: أنَّ[٤] إنكار البائع بيع[٥] الكلِّ بألفٍ التي يدَّعيها المشتري فاسد؛ لأنَّه مع هذا يزعم أنَّ المبيع هلك[٦] على مِلك المشتري لا حقَّ له فيه، فيفسد الإنكار بالإقرار.

وكذلك الكلام في العقد: أنَّ ركن[٧] العقد ذكر سبب الملك المقصود بالدَّعوى، والأسباب إنَّما تراعى ما لم يحصل المقصود بها، وإذا حصل لغا السَّبب.

ألا ترى أنَّ من أقرَّ فقال: «لفلانٍ عليَّ ألف درهم ثمن هذا العبد[٨]»، فقال المقرُّ له: «العبد عبدك[٩]، ما بعتُكَهُ، ولي عليك ألف[١٠] قرض»؛ لزمه المال،

---

[١] «ص» (اللفظ).

[٢] «ص» (ليس).

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٤] «ص» (فإن).

[٥] «ص» (تبع).

[٦] «ن» (ملك).

[٧] «ص» (ذكر).

[٨] «ص» زيادة (الذي اشتريته منه).

[٩] «ص» (عبدي).

[١٠] «ص» زيادة (دهم).

وإن كذبه في السَّبب ؛ لأنَّ المقصود به ملك العبد ، وقد سلَّم له ذلك [ملكًا][١] ، فلغا ذكر السَّبب .

ولو قال البائع : «العبد عبدي ، وما بعتك ، ولي عليك ألف» لم يلزمه شيءٌ ؛ لأنَّ المقصود لم يحصل فبقي السَّبب مراعىٰ ، فلم يلزمه المال بسببٍ آخر ، والمقصود للمشتري من ذكر هذا السَّبب ملك المبيع ، وقد سلم له ، وهلك علىٰ ملكه ، سواءٌ كان الآمر علىٰ ما يزعم هو أو البائع ، فلغا ذكر السَّبب ، فصار بمنزلة اختلافهما في ألفٍ وألفين لا بسبب[٢] ، فيكون اليمين علىٰ منكر ألف الزَّائدة .

فالخصم اعتبر الاختلاف في العقد من الوجوه التي قلنا ، فصار كلُّ واحدٍ منهما منكرًا ، وهذا اعتبار صورة ، ونحن ألغينا جهة العقد في حقِّ المشتري لحصول مقصوده ، وهذا اعتبار معنىٰ .

فأمَّا قولهم : إن بَيِّنَة المشتري مقبولةٌ ، فثبت أنَّه مدَّعٍ ، فلا يلزم ؛ لأنَّا نسلم[٣] أنَّه مُدَّعٍ صورةً ، والبائعُ منكر صورةً أيضًا ، والبيِّنة تسمع[٤] علىٰ دعوىٰ صورةً ؛ ولكن اليمين لا تجب بالإنكار[٥] صورةً .

ألا ترىٰ أنَّ المودع إذا ادَّعىٰ الرَّد كان القول قوله مع يمينه ؛ لأنَّه منكر معنىٰ ؛ لأنَّه يدفع الضَّمان عن نفسه بهذا ، ولو أقام البيِّنة سُمعت [بينته][٦] ؛ لأنَّه مدَّعٍ

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ص» ، والمثبت من «ن» .

[٢] «ص» (بلا ذك سبب) .

[٣] «أ» (لا نسلم) ، والمثبت من «ن» و«ص» .

[٤] «ص» (لا تسمع) .

[٥] «أ» (الإنكار) ، والمثبت من «ن» و«ص» .

[٦] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من «ص» .

صورةً، ولا يحلف ربُّ المال، وإن أنكر الرَّد صورة.

فصار الأصل عندنا: أنَّ التَّحالف في هذا الباب بعد القبض أمرٌ ثابتٌ بخلاف القياس؛ لفساد إنكار البائع، وإنَّما ثبت حال قيام السِّلعة بالنَّص، فلا يُقاس عليه غيره.

[١٠١٨] مسألةٌ: ولهذا قال أبو حنيفة وأبو يوسف[١]: إنَّ الاختلاف متى وقع بين العاقد وورثة الآخر ـ والسِّلعة مقبوضةٌ ـ لم يتحالفا خلافًا لهما، وإن قامت السِّلعة[٢].

لأنَّ الحديث ورد في المتبايعين دون غيرهما، فلم يجز القياس عليهما، ولو كان الاختلاف قبل قبض السِّلعة تحالفا؛ لأنَّ التَّحالف قبل القبض قياسٌ؛ لأنَّ المقصود من العقد لم يحصل للمشتري؛ لأنَّه لا يمكنه القبض بما يدَّعي من الثَّمن، فبقي العقد معتبرًا، فيصير العقد بألفٍ غير العقد بألفين.

ولأنَّ البائع يدَّعي ألفًا زائدَة، والمشتري ينكر، والمشتري يدَّعي استحقاق اليد عليه بتسليم الألف، والبائع ينكر، ويدفع عن نفسه ملك[٣] الاستحقاق إلَّا بألفين.

وهذا كلُّه بخلاف ما إذا اختلفا في جنس الثَّمن؛ لأنَّ البائع يدَّعي عليه الدَّنانير، والمشتري ينُكر، والمشتري يدَّعي الشِّراء بالدَّراهم، والبائع يُنكر،

[١] «ص» ليس فيها ذكر أبي يوسف.

[٢] «ص» (وإن كانت السلعة قائمة).

[٣] «ص» (ذلك).

وإنكاره صحيحٌ ؛ لأنَّ المبيع لا يسلم للمشتري إلَّا بثمنٍ ، ولم يتَّفقا على شيء من الثَّمن ، فأمَّا في المسألة الأولى فقد اتَّفقا على ألفٍ ، وهي تكفي للصحَّة ، فسلم المبيع للمشتري ، ولغا ذكر السَّبب ، والله أعلم.

[١٠١٩] مسألةٌ: وإذا اختلف الزَّوجان في المهر تحالفا على أصل أبي حنيفة ومحمَّد.

خلافًا لأبي يوسف.

لأنَّ الرَّجل يدَّعي على المرأة استحقاق التَّسليم بتسليم الألف ، وهي تنكر وتدَّعي ألفًا زائدةً ، والزَّوج منكرٌ ، فصار كاختلاف المتبايعين قبل القبض ، فيكون التَّحالف قياسًا ، فيحتمل التَّعليل ، وقياس غير النَّص عليه.

[١٠٢٠] مسألةٌ: وأمَّا إذا اختلفا في بدل الكتابة لم يتحالفا عند أبي حنيفة ، وكان القول قول العبد.

خلافًا لهما.

لأنَّ العبد هو المنكر حقيقةً ، فأمَّا المولى فإنكاره فاسدٌ ؛ لأنَّ الكتابة تنعقد على فكِّ الحجر عن اكتساب[١] العبد ، وإنَّه إسقاطٌ كالإعتاق ، وبنفس العقد[٢] يصير العبد في يد نفسه ؛ فأشبه اختلاف المتبايعين بعد قبض السِّلعة ، فيكون خلاف القياس ، فلا يحتمل قياس غيره عليه.

---

[١] «ص» (أكساب).

[٢] «ص» (الإعتاق).

ولهما: أنَّ العبد أيضًا مُدَّعي عتق نفسه بأداء ألفٍ، والمولىٰ ينكر، فيكون عليه اليمين.

قلنا: العتق موجب الكتابة بشرط الأداء، فلا يعتبر قبل الشَّرط موجبًا له؛ بل يُعتبر قدر ما ثبت بالكتابة قبل الشَّرط، وذلك في صيرورة العبد في يد نفسه؛ كأنَّه حرٌّ يدًا وإن رقَّ ذاتًا، ولمَّا اعتبرت الكتابة دون العتق المعلَّق بالشَّرط ثبت ما قلناه، والله أعلم.

/١٠٢١/ مسألةٌ: إذا اشترىٰ عبدين بثمنٍ واحدٍ فمات أحدهما، ثمَّ اختلفا= لم يتحالفا عند أبي حنيفة، إلَّا أن يشاء البائع أن يأخذ الحيَّ منهما، ولا يأخذ من ثمن الميت شيئًا.

وقال محمَّد: يتحالفان علىٰ الثَّمن كلِّه ثمَّ يردُّ الحيَّ وقيمة الهالك، وقد مرَّ الكلام معه.

وقال أبو يوسف: يتحالفان علىٰ حصَّة الحيِّ من الثَّمن.

لأنَّ المانع من التَّحالف هلاك السِّلعة، وإنَّه في البعض، فيتقدَّر الامتناع بقدره، ويتحالفان في القائم بالنَّص.

إلَّا أنَّا نقول: وافقنا أبو يوسف أنَّهما يتحالفان علىٰ ما يخصُّ الحيَّ من الثَّمن وحصَّته من الثَّمن، لا يستدرك[١] إلَّا بالتَّقويم والحزر والظَّنِّ.

ولا يستقيم بناء اليمين[٢] علىٰ الحزر والظَّن، بل الاحتراز عن اليمين أولىٰ

[١] «ص» (تستبدل).

[٢] «ص» (الثمن).

عند الشُّبهة ؛ إلَّا أن يشاء البائع أن يجعل الثَّمن كلَّه بإزاء الحيِّ ، فيتحالفان على جميعه ، ولا يأخذ من ثمن الميِّت شيئًا .

مثال ذلك: ما قالوا في رجلٍ اشترى عبدين ، ثمَّ باع أحدهما بعينه ، ثمَّ اختلفا في الثَّمن= لم يتحالفا ؛ لأنَّ الحصَّة مجهولةٌ .

ولو أنَّ رجلين اشتريا عبدًا ، ثمَّ باع أحدهما نصيبه ، ثمَّ اختلف الباقي[١] والبائع في الثَّمن= تحالفا ؛ لأنَّ الحصَّة على الشُّيوع معلومةٌ .

والمسألتان مسطورتان في باب البيوع الجائزة .

ألا ترى أنَّ أحد العبدين إذا مات لم يبع الآخر[٢] مرابحةً على حصَّته[٣] من الثَّمن ، كما لو باع أحدهما ؛ لأنَّ المرابحة مبنيَّةٌ على الاحتياط في الصِّدق ، وإنَّ اليمين فوق ذلك ، والله أعلم .

[١] «ص» (الثاني) .

[٢] «أ» «ن» (الباقي) ، والمثبت من «ص» .

[٣] «ن» (حصة) .

فَصْــلٌ
في الاستهلاك

/١٠٢٢/ مسألةٌ[١]: إذا اشترىٰ أرضًا فيها نخلٌ، فأثمرت، ثمَّ استهلك البائع الثَّمر قبل التَّسليم، قُسِّم الثَّمن علىٰ قيمة الأرض والنَّخل يوم العقد، وقيمة الثَّمر يوم الاستهلاك، فما أصاب الثَّمر سقط عن المشتري حصَّته من الثَّمن.

رجع أبو يوسف، وقال: يقسم الثَّمن أوَّلًا علىٰ قيمة الأرض، وقيمة النَّخل يوم العقد، فما أصاب النَّخل قسم علىٰ قيمة النَّخل[٢] وقيمة الثَّمر يوم الاستهلاك، فما أصاب الثَّمر سقط ثمنه عن المشتري؛ لأنَّ الثَّمر تبع النَّخل، وفرعه علىٰ الحقيقة؛ لأنَّه يُملَكُ بِملِك النَّخل، ولا يملك بملك الأرض.

وإذا كان كذلك أشبه من اشترىٰ أمةً وولدها، ثمَّ ولد[٣] الولدُ ولدًا آخر قبل القبض، فاستهلك البائع الولد الآخر، فإنَّ القسمة تجب علىٰ هذا.

بخلاف ما إذا اشترىٰ جاريةً، فولدت ثمَّ وَلَدَ[٤] الولدُ ولدًا[٥] قبل القبض، ثمَّ أتلف البائع الولدَ الآخر؛ فإنَّ الثَّمن يُقسم علىٰ قيمة الجدة يوم[٦] العقد، ثمَّ العقد وقيمة ولدها يوم القبض وقيمة الآخر يوم الاستهلاك قسمةً واحدةً، فما

---

[١] الترجمة ليست في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٢] «ص» زيادة (يوم العقد).

[٣] «أ» «ن» (ولدت)، والمثبت من «ص».

[٤] «أ» «ن» (ولدت)، والمثبت من «ص».

[٥] «ص» (ولدا آخر).

[٦] «ن» (يم).

أصاب ولد الولد سقط ؛ لأنَّ الولد الأعلىٰ لم يكن حين العقد ، وإنَّما دخل بحكم السِّراية كولد الولد ، فصارا بمنزلةٍ واحدةٍ حكمًا ؛ كأنَّ الأمةَ ولدت ولدين.

فأمَّا ههنا فالنَّخل كانت موجودةً[١] حين العقد كالأرض ، فأشبه ما إذا اشترىٰ أمةً بولدها[٢] ثمَّ ولدت الولدُ ولدًا آخر.

ولهما: أنَّ الشَّجرة ـ وإن كانت قائمةً عند العقد ـ فما دخلت تحت العقد إلَّا تبعًا للأرض ، ووصفًا لها.

بدلالة أنَّها تدخل تحت العقد بتسمية الأرض.

وبدلالة أنَّها لو احترقت بصاعقةٍ لم يسقط عن المشتري شيءٌ من الثَّمن ، وإنَّما يخيَّر كعيبٍ حلَّ في المبيعِ.

ولأنَّها ركبت في الأرض للقرار ، فصارت[٣] وصفًا لها كالبناء ، ولمَّا دخلت وصفًا للأرض لم يكن بإزائها شيءٌ من الثَّمن بالعقد ، كأمةٍ اشتريت فولدت ولدًا قبل القبض ؛ بل الثَّمن كلُّه كان بإزاء الأرض بأوصافها ، فإذا أثمرت النَّخلة صارت الثَّمرة تبعًا للأصل بوصفها[٤] في حقِّ الثَّمن للوصف الذي لا حصَّة له من الثَّمن.

كما إذا ولدت ولد المبيعة ولدًا ، والولد الأوَّل لم يكن عند البيع ، فيقسم الثَّمن علىٰ الأرض والنَّخل[٥] ثمَّ علىٰ الثَّمرة يوم الاستهلاك ، كما يقسم في مسألة

[١] «ص» (وأما هذا النخل كان موجودا).
[٢] «أ» (فولدها) ، والمثبت من «ن» «ص».
[٣] «أ» «ن» (فصار) ، والمثبت من «ص».
[٤] «أ» «ن» (بوصفه) ، والمثبت من «ص».
[٥] «ن» (بالنخل).

الولد الثَّمن على الجدة والولد، ثمَّ ولد الولد يوم الاستهلاك.

ولأنَّا متى قسمنا كما قال أبو يوسف صار النَّخل متبوعًا مثل الأصل[١]، وإنَّه تبعٌ له في حقِّ البيع والثَّمن، فلم يجز أن يصير متبوعًا؛ لأنَّهما ضدَّان.

بخلاف ما إذا اشترى أمةً وولدها؛ لأنَّ الولد حال ورود العقد عليهما ليست بتبعٍ للأصل؛ بل هي مثل الأصل في حقِّ الدُّخول تحت العقد حتَّى إذا هلك[٢] الولد الوسط سقطت حصَّته[٣] من الثَّمن كالأصل.

والذي دلَّ على الفرق بينهما: أنَّ الولد حال ما يلد الولد لا اتِّصال للولد الثَّاني بالجدَّة حقيقةً، ولا حكمًا، فلم يُعتبر موجودًا في حقِّ الجدَّة.

فأمَّا النَّخل[٤] فحال ما يوجد تبع للأرض حقيقةً وحكمًا. أمَّا الحكم، فما قلناه في دخوله تحت البيع وصفًا. وأمَّا الحقيقة؛ فلأنَّ قوامه بالأرض وركَّب فيها[٥] للقرار، فيكون وصفًا ما لم يفصل بالحكم؛ نحو[٦] أن تكون الأرض لإنسان، والشَّجرة لآخر.

وكذلك التَّبعيَّة في حقِّ الحدوث[٧] ثابتٌ؛ لأنَّ الثَّمر يخرج بصلاح النَّخل، وصلاح النَّخل بالأرض، فتكون الأرض بمنزلة علَّة العلَّة لحدوث الثَّمر،

[١] «أ» (الأرض)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٢] «ن»، «ص» (هلك).

[٣] «أ» «ن» (سقط حصتها)، والمثبت من «ص».

[٤] «ص» (الثمر).

[٥] «أ» «ن» (فيها)، والمثبت من «ص».

[٦] «ص» (لجواز).

[٧] «أ» «ن» (الحدود)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

والحكم ـ كما يُضاف إلىٰ العلَّة ـ يُضاف إلىٰ علَّة العلَّة.

فأمَّا إذا كانت الشَّجرة ملكًا للإنسان، والأرض ملكًا لآخر؛ فما الأرض بعلَّة العلَّة في حكم الملك، فيكون الثَّمر ملكًا لمالك الشَّجرة؛ لأنَّها من حيث الملك تبعٌ للنَّخل[١] وحدها؛ لأنَّ ملك النَّخل علَّةٌ لملك الثَّمرة، وملك الأرض لم يكن علَّة لملك الشَّجرة في هذه المسألة، بل ملكت النَّخل بسبب علىٰ حدةٍ، فلم تصر الأرض علَّة علَّة مِلك الثَّمر، فقصر الحكم علىٰ العلَّة الأولىٰ.

وههنا ملك النَّخل بملك الأرض؛ لأنَّ[٢] البائع ما سمَّىٰ إلَّا الأرض، فصار ملك الأرض علَّة علَّة ملك الثَّمرة.

[١٠٢٣] مسألةٌ: البائع إذا وطئ الجارية[٣] المبيعة قبل التَّسليم، ولم ينقصها لم يسقط[٤] عن المشتري شيءٌ من الثَّمن [عند أبي حنيفة][٥].

وقال صاحباه: يسقط عنه حصَّته من الثَّمن، ويُعتبر بما لو وطئها غيره بشبهةٍ، فوجب العُقْرُ(٦)، واستهلك البائع العُقر، وبمنزلة ما لو جنىٰ عليها.

وهذا لما مرَّ في وطء المشتري أنَّه عيبٌ، وأنَّه بمنزلة إفاتة جزءٍ منها إلَّا أنَّ

[١] «ص» (للشجرة).

[٢] «ص» (إلا أن).

[٣] «ص» (الأمة).

[٤] «ص» (ولم ينقضها لم ينقص).

[٥] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

(٦) العُقْر: بدل الوطء. انظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٨/٣٠٤).

قيمة المستوفىٰ [منها][١] بالوطء العُقرُ إذا كان عن شبهة، وللبائع[٢] بعد شبهةٍ لبقاء يد[٣] الملك؛ ولهذا لا يحدُّ بالإجماع؛ إلَّا أنَّ العقر لا يلزمه.

كما لو قطع يدها لا يغرم نصف القيمة؛ بل يسقط نصف الثَّمن، فكذلك ههنا يضمن[٤] حصَّته من الثَّمن؛ هذا هو القياس الظَّاهر.

إلَّا أنَّا نقول: إنَّ المستوفىٰ بالوطء، منافع علىٰ الحقيقة علىٰ ما مرَّ في وطء المشتري الجارية الثَّيب، ثمَّ أراد الرَّد بالعيب إلَّا أنَّا اعتبرناه بجزءٍ منها حكمًا وشرعًا، والشَّرع إنَّما ورد به في حقِّ النِّكاح والوطء، فيقتصر عليه، ولا يتعدَّاه، فلا يعتبر بالجزء منها في حقِّ مقابلة الثَّمن إيَّاه؛ إذ ليس من ضرورةٍ أنَّها في حكم جزءٍ من الأصل أن يقابله الثَّمن، بحيث يسقط به شيءٌ من الثَّمن لا محالة؛ كالوصف يفوت قبل[٥] القبض أو بعده، ثمَّ أراد أن يبيع مرابحةً، وعلىٰ ما بيَّنا في مسألة وطء المشتري الثيِّب فليتأمَّل فيها.

وإذا كان كذلك صار[٦] في حقِّ مقابلة الثَّمن؛ كالمنافع، فأشبه استخدام البائع إيَّاه[٧] فلا يسقط به شيءٌ من الثَّمن.

يدلُّ عليه أنَّ الاستبراء يجب باستحداث ملك الوطء بملك اليمين، وإنَّما

[١] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».

[٢] «ص» (والبيع).

[٣] «أ» «ن» (ليتأبَّد)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٤] «ص» (تسقط).

[٥] «ص» (كالوصف بفعل).

[٦] «ن» (بقي).

[٧] «ص» (إياها).

يجب على المشتري بعد القبض، ولو تقايلا قبل القبض لم يجب على البائع الاستبراء استحسانًا، فجُعل حال القبض كحال العقد في حقِّ ملك الوطء.

وإذا كان كذلك صار في حقِّ وطء نفسه كأنَّ الملك باقٍ، فلم يجب الضَّمان، وإن حرم التَّناول بزوال ملك الرَّقبة؛ لأنَّ ذلك ضمانٌ ثبت شرعًا؛ بخلاف القياس في حال الاستحلال على الغير، وهو ضمان جزءٍ من الأصل، ووجب الاعتبار بالكسب، فإنَّ البائع لا يضمن شيئًا إذا أتلف، وإن كان عينًا[1]؛ لأنَّه فرع المنفعة، فلم يدخل تحت البيع بوجهٍ، فلم يقابله الثَّمن، فكذا هذا، والله أعلم.

|١٠٢٤| **مسألةٌ**: إذا أتلف البائع كسب المبيع قبل القبض لم يضمن شيئًا عندنا.

وقال **الشَّافعي**(٢): يضمن القيمة؛ لأنَّه ملك المشتري، وكان أمانةً عند البائع، فيضمن بالإتلاف؛ كما لو كان الأصل عنده أمانةً.

إلَّا أنَّا نقول: إنَّ الكسب فرع المنافع، وقد مرَّ أنَّ فرع الأصل ـ وهو الولد ـ لا يضمن بالقيمة، وأن ضمان البيع ينفي هذا الضَّمان الآخر، ففرع المنفعة أولى به؛ لأنَّه أضعف من فرع الأصل.

❁ **فإن قيل**: فرع الأصل إنَّما لم يضمن بالقيمة عندكم؛ لأنَّه ضمن بالثَّمن،

---

[1] «ص» (عيبا).

(٢) انظر: «مختصر المزني» (١٧٥/٨)، و«الحاوي الكبير» (١٣٦/٥)، و«بحر المذهب» للروياني (٤٤٣/٤).

فلم يجتمعا، وهذا لا يضمن بالثَّمن، فيضمن بالإتلاف لزوال المانع، وعلم[١] أنَّ حكم العقد لم يسر إلىٰ المنفعة بالإجماع، فأشبه الكسب الحادث بعد القبض.

❁ قلنا: إنَّ الأصل للمشتري لما لم يثبت الملك فيه بحيث يسري إلىٰ قيمته وخلفَه إذا استهلكه البائع؛ بل ثبت بحيث يبطل بالاستهلاك، وكذا ملك الفرع لا يزداد عليه، وكذا ملك فرع المنفعة؛ لأنَّ ملكه في المنفعة دون ملك الأصل؛ لأنَّه ما ملك المنفعة إلَّا تبعًا للأصل، والتَّبع يضعف عن المتبوع، فثبت أنَّ المانع في الأصل قائمٌ في حقِّ التَّبع، وأنَّ المانع في حقِّ فرع الأصل لم يكن قيام ضمان الثَّمن وحده؛ بل ذلك ـ وهذا الذي قلناه ـ فتعدَّىٰ هذا إلىٰ الكسب بحكمه.

وما قالاه[٢] أقيس؛ لأنَّ عدم ضمان القيمة في إتلاف المبيع بحكم انفساخ ملك المشترىٰ فيه، وإنَّه لا ينفسخ في الكسب؛ لأنَّ السَّبب ملك الأصل، وإنَّه لم ينفسخ شيءٌ منه، فبقي حكمه، وأشبه المهر الذي يضمن قبل القبض بالإتلاف؛ لأنَّ السَّبب لا ينفسخ، والله أعلم.

❊ ❊ ❊

[١] «أ» «ن» (وعلىٰ)، والمثبت من «ص».

[٢] «أ» «ن» (قاله)، والمثبت من «ص».

فَصْــل

الوكالة في باب البيع والشِّراء

|١٠٢٥| مسألةٌ[١]: قال علماؤنا: الوكيل بالبيع أو الشِّراء في حقوق العقد ينزَّل منزلة العاقد المالك من: قبض الثَّمن، وتسليم المبيع، والرَّدِّ بالعيب ونحوها.

وقال الشَّافعي(٢): لا يملك الوكيل شيئًا من الحقوق كأنَّه رسول؛ وذلك لأنَّه إنما[٣] يثبت له الولاية على المالك بأمره، فيتقدر بقدره، وإنَّما أمر بالعقد لا غير، فإذا فرغ عنه صار كالأجنبي.

وكالرَّسول الذي تثبت له الولاية بالرسالة فيتقدر بقدرها من العبارة.

وكالوكيل في النِّكاح، والخلع، والعتق بمالٍ، والصُّلح عن دم العمد، والكتابة.

أو [كما][٤] لو كان الوكيل بالشِّراء صبيًّا، أو عبدًا محجورًا عليه على أصلكم.

ولا يلزم الوكيلُ بالصَّرف، فإنه يملك القبض [في المجلس][٥] ويعتبر

---

[١] الترجمة ليست في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

(٢) انظر: «التنبيه في الفقه الشافعي» للشيرازي (ص: ١٠٩)، و«أسنى المطالب» لزكريا الأنصاري (٢/٢٦٨).

[٣] «أ» (لم)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٥] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».

مجلسه؛ لأنَّ تمام الصَّرف بالقبض، فكان ذلك من العقد حكمًا.

ولعلمائنا[1]: ما روي عن[2] النَّبيِّ ﷺ «[أنه][3] دفع دينارًا إلىٰ حكيم بن حزام، وأمره أن يشتري له[4] أضحية، فاشترىٰ[5] وباعها بدينارين، فدعا له رسول الله ﷺ بالبركة»(٦).

---

[1] «ص» (ولنا).

[2] «ن» (أن).

[3] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[4] «أ» (بها)، والمثبت من «ن» و«ص».

[5] «ص» (فاشتراها).

(٦) رواه أبو داود (٣٣٨٦)، والترمذي (١٢٥٧)، ولفظ الترمذي: عن حكيم بن حزام، أن رسول الله ﷺ بعث حكيم بن حزام يشتري له أضحية بدينار، فاشترىٰ أضحية، فأربح فيها دينارا، فاشترىٰ أخرىٰ مكانها، فجاء بالأضحية والدينار إلىٰ رسول الله ﷺ، فقال: «ضح بالشاة، وتصدق بالدينار». وفي رواية أبي داود: «فتصدق به النبي ﷺ ودعا له أن يبارك له في تجارته» قال الترمذي: حديث حكيم بن حزام لا نعرفه إلا من هذا الوجه، وحبيب بن أبي ثابت لم يسمع عندي من حكيم بن حزام. وأعله البيهقي في «السنن الصغير» (٣١٨/٢) بالانقطاع، وانظر: «الأحكام الوسطىٰ» (٢٧٤/٣)، و«تنقيح التحقيق» لابن عبد الهادي (١٥٣/٤)، و«تنقيح التحقيق» للذهبي (١١٩/٢). ورواية أبي داود في إسنادها رجل مجهول. انظر: «نصب الراية» (٩٠/٤)، وقال ابن العربي في «عارضة الأحوذي» (٢٢٨/٣): «روي عن رجل مجهول ومن طرق مقطوعة».

وتكررت قصة الحديث من رواية عروة بن أبي الجعد البارقي، وقد أورده البخاري (٣٦٤٢) في أثناء حديث عن شبيب بن غرقدة، قال: سمعت الحي يحدثون، عن عروة: أن النبي ﷺ «أعطاه دينارا يشتري له به شاة، فاشترىٰ له به شاتين، فباع إحداهما بدينار، وجاءه بدينار وشاة، فدعا له بالبركة في بيعه، وكان لو اشترىٰ التراب لربح فيه»، قال سفيان: كان الحسن بن عمارة جاءنا بهذا الحديث عنه، قال: سمعه شبيب من عروة فأتيته، فقال شبيب إني لم أسمعه من عروة، قال سمعت الحي يخبرونه عنه. والحديث رواه أبو داود (٣٣٨٤)، وأحمد (١٩٣٥٦)، وابن ماجه (٢٤٠٢). =

وليس فيه أنَّه وكَّله بالقبض، فثبت أنَّه ملكه بحكم العقد، لولاه لما جاز بيعه قبل القبض، وإن أجازه المالك.

والمعنى فيه[١]: أن هذا الوكيل الذي فيه الخلاف، وهو الحرُّ البالغ العاقل الذي يملك التَّصرُّف لنفسه وعلى نفسه في أمواله، وحقوقه= نائب[٢] فيما يتصرَّف بحق الوكالة من وجهٍ، مالك من وجهٍ[٣]؛ لأنَّه إنَّما يملك أصل العقد بملكه أمر نفسه وولايته، لأنه يملك تنفيذ مثله في ماله وعلى نفسه.

وإنَّما كان لا ينفذ على غيره لعدم الولاية [له][٤] على ذلك المحلِّ

= قال البيهقي في السنن الصغير (٣١٨/٢): «في هذا الحديث انقطاع، وكان الحسن بن عمارة يرويه ويقول فيه: سمعت شبيبا، يقول: سمعت عروة، وهو وهم منه؛ لم يسمعه شبيب من عروة. ورواه سعيد بن زيد، وليس بالقوي، عن الزبير بن الخريت، عن أبي لبيد، عن عروة»، وأورده العقيلي في «الضعفاء الكبير» (٢٣٩/١).

وهذا الحديث ليس على شرط البخاري، وبقي منه بقية هي مقصود البخاري وهي حديث «الخيل معقود في نواصيها الخير» في آخره. قال ابن القطان في بيان الوهم والإيهام (١٦٥/٥): «وَلم يعرف من مذْهبه ـ أي البخاري ـ تَصْحِيح حَدِيث فِي إِسْنَاده من لم يسم، كَهَذا الحَدِيث، بل يكون عِنْده بِحكم الْمُرْسل، فَإِن الْحَيّ الَّذِي حدث شبيباً لَا يعْرفُونَ، وَلَا بُد أَنهم محصورون فِي عدد، وتوهم أَن الْعدَد الَّذِي حَدثهُ عدد يحصل بخبرهم التَّوَاتُر بِحَيْثُ لَا يوضع فيهم النّظر بِالْجرْحِ وَالتَّعْدِيل يكون خطأ، فَإِذن فَالْحَدِيث هَكَذَا مُنْقَطع لإبهام الْوَاسِطَة فِيهِ بَين شبيب وَعُرْوَة، والمتصل مِنْهُ هُوَ مَا في آخِره من ذكر الْخَيل، وَأَنَّهَا مَعْقُود فِي نَوَاصِيهَا الْخَيْر إِلَى يَوْم الْقِيَامَة».

وانظر: نصب الراية (٩١/٤)، و«فتح الباري» لابن حجر (٣٩٧/١). واختلف في الإسناد الثاني الذي جاء منه الحديث. وانظر: «البدر المنير» (٤٥٧/٦)، و«تنقيح التحقيق» لابن عبد الهادي (١٥٢/٤)، و«الدراية في تخريج أحاديث الهداية» (١٧٤/٢)، و«التلخيص الحبير» (١١/٣).

[١] «ص» (في المسألة).

[٢] في الأصول (ثابت)، والصحيح المثبت، ويدل عليه قوله بعد أسطر: (وبيان أنه نائب).

[٣] «ص» (بحق الوكالة من وجه يملكه).

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ص»، والمثبت من «ن».

لحجرٍ[١] شرعي، أو لعدم[٢] الملك المطلق للتَّصرُّف، وهو الشَّرط، فإن المحالَّ شروط على ما عرف، فكذا الملك فيها، فبعد وجود الشَّرط يضاف الحكم إلى العلَّة، وهو ملكه أمر نفسه بالأسباب الشَّرعية: من الحرِّيَّة والعقل والخطاب، فكذا إذا جاء الإذن من المالك ملَك ما ملَك[٣] بتلك العلَّة[٤] الأصليَّة؛ لأنَّ إذن المالك دون الملك بنفسه، فيكون شرطًا، فهذا بيان أنَّه مالك.

وبيان أنَّه نائب[٥]: أن الأمر فيما[٦] أمره بأن يعمل له استعار منافعه لنفسه، واستعمله فيما أمره به، كما لو أمره أن يخدمه أو يبني له بناءً، فيصير ثابتًا[٧] له، لمَّا أعاره منفعتَه[٨]، وجعل له عمله، فما دام يمكننا الجمع بين الأصلين لم نشتغل بالترجيح، ولأنه ثابت من حيث أثبت له الأمر.

ولأنه على ذمَّته وعلى ماله مالك معيَّن معنى[٩]، من حيث يعمل له بولاية[١٠] كانت ثابتة له من[١١] ولاية التّجارة لنفسه أو تصرَّف آخر قبل الأمر، وقد أمكننا ذلك في كلِّ عقدٍ حكمه يقبل الانتقال من مالك إلى مالك في

---

[١] «ص» (بحجر).

[٢] «ن» «ص» (عدم).

[٣] «ص» (يملك).

[٤] «ص» (الحرية).

[٥] «ص» (ثابت).

[٦] «ن» (لما).

[٧] كذا في الأصول، ولعل الأقرب: (نائبا).

[٨] «ص» (ثابتا بما أعاره منافعه). ولعل الأصح: نائبا بما..

[٩] «ن» (مالك معين)، «ص» (مالك معنى).

[١٠] «ص» (ولأنه).

[١١] «ص» (في).

الجملة[١] ، فيجعل العقد واقعًا للوكيل بولايته الأصليَّة ، كأنَّه عقد بلا أمرٍ عن ملك في حقوق العقد ، ويجعل[٢] ثابتًا عن الأمر في حَقِّ المقصود به من الملك كأنَّه رسول لا مالك ، فإنه جائز في ملك المال[٣] أن يقع السَّبب لإنسانٍ والملك لغيره ؛ لأنَّه مما يقبل الانتقال بعد الوقوع ، فكذا جائز عند الابتداء.

ألا ترىٰ أن إنسانًا لو رمىٰ صيدًا ، فمات ، ثمَّ أصاب= وقع الملك للوارث ، والسَّبب صحّ للميِّت ، حتَّىٰ أن الوارث يملكه إرثًا[٤] ، وأوَّل ما يقع يقع له ؛ لأنَّ الميِّت بعد الموت يزول عنه ملكه فكيف يملك ابتداءً.

وكذلك العبد المأذون يشتري لنفسه ويبيع ـ علىٰ ما عرف في المأذون ـ ، والملك يقع للمولىٰ.

وكذلك من باع شيئًا علىٰ أنَّه بالخيار ثلاثة أيَّام ، فمات المشتري ، ثمَّ أجاز البائع البيع= وقع الملك للوارث ، والعقد كان للموروث[٥].

ولما احتمل هذا ، وأمكننا توفير فصل النِّيابة فيما هو المقصود منه ـ وهو الملك ـ تركنا حقوق العقد علىٰ فصل المالكيَّة عملًا بالعلَّتين[٦] بحسب الإمكان.

بخلاف الرَّسول ؛ لأنَّه أُمر بنقل العبارة لا غير ، وما أمر بالعقد ، فإذًا نقلُ العبارة فرعٌ عن الائتمار ، وما لتلك العبارة حقوق تستوفىٰ ، إنَّما الحقوق للعقد ،

[١] في «ص» زيادة (كالأموال).
[٢] «أ» و«ن» (ويجعله) ، والمثبت من «ص».
[٣] «أ» (المالك) ، والمثبت من «ن» و«ص».
[٤] «ص» (إن شاء).
[٥] «ن» و«ص» (للميت).
[٦] «ص» (بالقياس).

وإنه محجور عن المعاقدة فلا يملك حقوقها.

وبخلاف النِّكاح والخلع، وكذلك كلُّ عقدٍ لا يحتمل حكمه الانتقال من مالكٍ إلىٰ مالكٍ بوجه، فإنَّا متىٰ جعلنا الوكيل عاقدًا ـ وذلك يوجب وقوع الحكم[١] له ـ لم يمكنَّا أن نثبت الحكم للآمر بمانع يمنع الوقوع له ـ وهو الانتقال[٢] إلىٰ غيره ـ؛ لأنَّه لا يقبل الانتقال.

ألا ترىٰ أنَّا لا نجد سببًا من الأسباب ينعقد[٣] موجبًا لملك النِّكاح لإنسان، ثمَّ يثبت الملك لغيره كما قلنا في المال، وإذا لم يمكنَّا الجمع بين الأصلين، والوكالة نيابة[٤] وهي مشروعة ـ لم يكن بدٌّ من[٥] ترجيح حكم الوكالة والنِّيابة علىٰ الولاية الأصليَّة.

❁ فإن قيل: إن الجمع غير ممكن بوجهٍ؛ لأنَّا متىٰ جعلنا العقد واقعًا للوكيل، ثمَّ جعلنا الملك واقعًا للموكِّل من جهة الوكيل حكمًا، كما في شراء الرجل شيئًا علىٰ أن البائع بالخيار، ثمَّ مات المشتري، ثمَّ أجاز البائع= لم يصر الوكيل نائبًا عنه في التَّمليك[٦]، كالميِّت لا يكون نائبًا عن الوارث في التَّمليك، وكالعبد المأذون علىٰ أصلكم، بل يصير كأنَّه اشترىٰ لنفسه ثمَّ باعه تولية، إلَّا أن الثَّاني سبب انعقد[٧] حكمًا علىٰ أصلكم، فيبطل جهة الوكالة أصلًا.

---

[١] «ص» (الملك).

[٢] «أ» «ن» (والانتقال)، والمثبت من «ص».

[٣] «ص» (شيئا من الإنسان منعقدا).

[٤] «ص» (ثابتة).

[٥] «ص» (يلزم).

[٦] «ن» (التملك).

[٧] «ص» (العقد).

۞ قلنا: ولا كذلك، إنَّما هذا مثال أورده مشايخنا في حَقّ حقوق العقد، أي في الحقوق يصير هكذا، فأمَّا في أصل الملك فهو بمنزلة عبد محجور وكَّله رجل بشراء هذا العبد له، فاشتراه له.

وليس كالوارث؛ وذلك لأنَّ المانع عن[1] الوقوع للوكيل ههنا كونه نائبًا[2] عن الآمر عاملًا له، لا قيام الأمر مقامه، لأنَّه ليس بأهل له، ولما كان المانع كونه نائبًا[3] وقع الملك للآمر، كأن هذا المشتري عبدٌ محجورٌ.

وفي [حق][4] حقوق العقد يقع[5] كأنَّه اشترىٰ لنفسه، لمَّا جاز أن يُفصَّل في الجملة بين حقوق العقد والملك المستفاد به توفيرًا[6] علىٰ الشبهين حظَّهما، فالحجَّتان إذا تعارضتا[7] وجب العمل بهما بحسب الإمكان، ولم يمكن الاعتبار بحالها إذا انفردت بلا معارض.

فأمَّا الرجل إذا اشترىٰ لنفسه علىٰ أن البائع بالخيار، فما هو بنائب[8] عن الوارث، إلَّا أنَّه لما مات صار بحيث لا يصلح للتملّك، فقام الوارث مقامه نائبًا عنه في التملّك.

وأمَّا إذا كان الوكيل عبدًا محجورًا عليه فما له ولاية العقد لنفسه تنفيذًا،

[1] «ن» (من).
[2] «ص» (أهلا نائبا).
[3] «ن» (ثابتا)، «ص» (أهلا نائبا).
[4] ما بين [ ] ليس في «ن».
[5] في «ص» وحاشية «أ» (يصير).
[6] «ن» «ص» (ليوفّر).
[7] «ن» (تعارضا).
[8] «ص» (فهو نائب).

وإنَّما له ولاية نيابة[١] لا غير، فلم تثبت المعارضة، فكان الحكم للنيابة.

|١٠٢٦| **مسألةٌ:** الوكيل بالشِّراء إذا اشترىٰ وقبض[٢]، كان له أن يحبس السِّلعة عن الآمر[٣] حتَّىٰ يستوفي الثَّمن.

وقال زفر: لا يحبس[٤].

لأن السِّلعة عنده أمانة؛ فلا يملك حبسها بدين له علىٰ صاحبها، كالوكيل بالقبض أو المودع.

ولأنه في الحقيقة بمنزلة بائع سلَّم السِّلعة إلىٰ صاحبها فلا يملك الحبس ثانيًا.

وإنَّما قلنا ذلك؛ لأنَّه[٥] أوَّل ما يقبض لنفسه بحقِّ أنَّه عاقد، ولما قبض صارت[٦] اليد للآمر بحقِّ أنَّه نائب في أصل البيع[٧] كالوكيل بالقبض، ولهذا يصير أمانة، ويتأكد الضَّمان علىٰ المشتري[٨]، فإن الضَّمان لا يجب عليه إلَّا بعد الدخول تحت يده.

ولنا: أن الواجب للوكيل علىٰ الآمر هو الثَّمن، بدليل: أنَّه استحقَّه[٩] عليه،

---

[١] «ص» (وإنما ولايته ثابتة).
[٢] في حاشية «أ» زيادة (السلعة).
[٣] في حاشية «أ» (عن الموكل).
[٤] «ص» (ليس له ذلك).
[٥] «ن» (لأن).
[٦] «أ» «ن» (صار)، والمثبت من «ص».
[٧] «ن» (المبيع).
[٨] «ص» (البائع).
[٩] «أ» (استحق)، والمثبت من «ن» «ص».

كما تمَّ البيع، والواجب بعقد بيع العين من الدَّين هو الثَّمن، ولما استحقَّ الثَّمن استحقَّ معه حبس المبيع في الأصل، كالبائع نفسه.

❁ **فإن قيل**: ولم قلت: إن الواجب هو الثَّمن؟

❁ **قلنا**: لأنَّه وجب، كما تمَّ البيع، وتأثيره في إيجاب الثَّمن لا دين آخر، فمن ادعىٰ شيئًا آخر في ضمنه غير البيع فعليه الدَّليل.

ألا ترىٰ أنَّه يطالبه[١] به قبل أن يؤدِّي بنفسه، ولو كان الاستحقاق بحكم النِّيابة عنه في الأداء لما طالب قبل الأداء، كالوكيل بقضاء الثَّمن.

وهذا كلُّه لِما ذكرنا: أن الوكيل في حَقِّ الحقوق ينزَّل منزلة العاقد لنفسه، وفي حَقّ المبيع كأنَّه نائب ورسول، ولَمّا صار كذلك في حَقّ المبيع لم يملك الآمر المبيع إلَّا بحقوق وجبت[٢] عليه وله، وبأصل العقد وجبت للمتعاقدين، وعليهما اضطررنا إلىٰ أن [نجعل][٣] العقد الواحد في حَقّ الحقوق في حكم عقدين، كأنَّه اشترىٰ لنفسه ثمَّ ولَّاه ثانيا، فيثبت بين الموكِّل والوكيل حقوق مبتدأة[٤]، كأنَّه جرت بينهما معاقدة.

ألا ترىٰ أن زفر وافقنا أن الآمر إذا وجد بالمبيع عيبًا ردَّه[٥] علىٰ الوكيل دون البائع، ثمَّ الوكيل يردُّه علىٰ البائع، وكذلك البائع يطالب الوكيل بالثَّمن دون

---

[١] «أ» (يطالب)، والمثبت من «ن» «ص».

[٢] «ص» (بحقوقه فوجبت).

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» «ن»، والمثبت من «ص».

[٤] «أ» «ن» (مبتدأ)، والمثبت من «ص».

[٥] «أ» «ن» (رد)، والمثبت من «ص».

الموكِّل، ثمَّ الوكيل يطالب الموكِّل، والحبس بالثَّمن من حقوق العقد، فألحق في حقِّه بالعقدين، فصحت العلَّة بدليلها على ما قلنا.

فأما **الجواب** عن قوله: «إنه أمانة عنده» فيبطل بمن باع عينًا[١] فجاء المشتري وقبضه بغير إذن البائع، ثمَّ أتى به ووضعه[٢] في دار البائع؛ فإنَّه يكون أمانة عنده، وله أن يحبسه بالثَّمن.

وذلك لِما ذكرنا أن يده في حَقِّ استيفاءِ حَقِّ العقدِ يدُ نفسه، وفي حَقِّ المبيع[٣] يد الموكِّل، كالوكيل بالقبض، فابتداء اليد يقع للحقِّ، ثمَّ يبطل حكمه باليد الثَّانية[٤]، وتلك اليد الثَّانية تثبت بلا رضاه حكمًا من الشَّرع، فيصير بمنزلة بائعٍ قُبضت منه السِّلعة بغير رضاه، ثمَّ وضعت عنده، فلا يبطل به حَقّ الحبس باليد الأولى.

❁ **فإن قيل**: إنَّه لما اشترى مع علمه أنَّه يقع في يد الموكِّل حكمًا، ويخرج عن يده إذا قبض= صار بمنزلة بائع باع السِّلعة من الغاصب [لا تثبت له يد على المبيع][٥]، فيبطل حقه بهذا الطريق.

❁ **قلنا**: لا كذلك؛ لأنَّ البائع من الغاصب[٦] لا تثبت له يدٌ على المبيع بحالٍ ليثبت يدا حابسة بحقِّ[٧] البيع، ثمَّ تبقى إذا زالت بغير رضاه، [وهنا

---

[١] «ن» «ص» (عبدا).

[٢] «ن» (ووصفه).

[٣] «ص» (البيع).

[٤] «ص» (الثابتة) في هذا الموضع والذي بعده.

[٥] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٦] «ص» (في الغصب).

[٧] «ص» (حادثة بحكم).

الوكيل تثبت له يد نفسه على المبيع بحقٍّ أنَّه قابضٌ لنفسه، وهذه اليد موصوفة بأنها يدٌ حابسةٌ بالثَّمن، لا يبطل بزوالها بغير رضاه، والزَّوال كان بغير رضاه][1]، فهذه شبهة المسألة.

|١٠٢٧| مسألةٌ: الوكيل بالبيع إذا باع، وأبرأ المشتري عن الثَّمن، أو أخَّر، وكذلك الوكيل بالسَّلم إذا أبرأ، أو أخَّر[2]، أو فاسخ= صحّ عند أبي حنيفة ومحمد.

وكذلك إن كان على الوكيل دين للمشتري مثل[3] الثَّمن صار قصاصًا به عندهما[4].

وقال أبو يوسف: لا يصح، استحسن ذلك.

وكذلك الوكيل لو قبض الثَّمن، ثمَّ حطَّ شيئًا من الثَّمن صحّ عندهما، وضمن الوكيل [في][5] ردِّه من مال نفسه دون الثَّمن المقبوض.

وعنده: لا يصح.

وذلك لأنَّ الواجب بالبيع مالٌ هو في الذمَّة تجب فيه الزكاة، في حكم مالٍ في الكيس، ومطالبةٌ[6] بالتَّسليم والقبض، في حكم مالٍ مغصوب، إلَّا أن

[1] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».
[2] «ص» (آجر) في الموضعين.
[3] «ص» (قبل).
[4] «ص» زيادة (ويضمن الوكيل مثل ذلك للموكل).
[5] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».
[6] «ص» (هو في الكيس ويطالبه).

المطالبة ظاهرة، والمال المطالَب به باطن في الذمَّة، والإبراء يأتي على المال؛ لأنَّه يقول: «أبرأتك عن الثَّمن» وهو المال الواجب عوضا عن المال بالبيع، وذلك حَقّ الغير، فلا يصحّ لما ذكرنا أنَّه في أصل العوض نائب[١]، وليس بمالك.

ألا ترى [أنه][٢] إذا قبض المبيع لا يملك تصرُّفًا فيه، ولا يعتق عليه إذا اشترى أباه لغيره بأمره، كأنَّه أجنبي؛ لأنَّه يحل العين.

ألا ترى أنَّه لو كان للمشتري دين على الموكِّل مثل[٣] الثَّمن التقيا قصاصًا، ولو لم يجب الثَّمن للموكِّل لَما صار قصاصًا بدينه.

وكذلك الزكاة تجب على الآمر.

وكذلك المتاركة[٤] في باب السَّلم لا ترِد على المطالبة؛ بل على المبيع.

وكذلك في باب الثَّمن لو قال: «أبرأتك عن[٥] المطالبة التي هي لي» لم يصح.

وكذلك الحطُّ، إخراجٌ لبعض الثَّمن عن البيع[٦] **عندنا** كالفسخ، لا تصحيحٌ له على المطالبة.

---

[١] «أ» «ص» (ثابت)، وقد ضبطت في «ن» بما يوافق الكلمتين جميعا، والصحيح المثبت. والله أعلم.

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» «ص».

[٣] «ص» (قبل).

[٤] «ص» (المبادلة).

[٥] «ص» (من).

[٦] «ص» (المبيع).

ألا ترىٰ أنَّه يلزمه ردُّ شيءٍ من الثَّمن إذا كان بعد القبض، وإذا كان في معنىٰ الفسخ، وهو نائب فيما وراء حقوق العقد، والفسخ ليس منه= لم يملك إلَّا بمقدار الأمر، وإنه ضد ما أمر، فلم يدخل تحته، إلَّا أني سمَّيته استحسانًا؛ لأني أبطلته لأمر[١] في الباطن.

ولا يلزم الوكيل بالشِّراء إذا وجد بالسِّلعة عيبًا فرضي [به][٢]، فإنه يصح؛ لأنَّ الرَّدّ بالعيب حَقّ العقد، لا ما وجب بالعقد؛ لأنَّ الفائت لا يجب حقيقةً، وهذا الحقُّ ما ثبت للآمر إلَّا [من][٣] قِبل الوكيل، وإنه باقٍ قَبله بعد رضاه، والوكيل في حَقّ الحقوق في حكم المالك دون النائب، فلا يعتبر لصحته قبض[٤] الآمر.

ووجه قولهما: أن الدَّين في الذمَّة إنَّما يعتبر[٥] مالًا علىٰ اعتبار القبض، فإن المال عبارة عمَّا يُبتذل لمصالح الآدمي وخلق له، والغائب[٦] الموصوف لا يصلح لهذا، إلَّا أن الشَّرع ألحقه بالمال، وكذلك العرف؛ لأنَّه مما يقبض في الثَّاني فعُدَّ مالًا لمآله، وهو القبض، [فصار القبض أصلًا لإثبات الماليَّة الواجبة في الذمَّة][٧]، والقبض للوكيل وحقُّه، كأنَّه مالكٌ علىٰ ما مرَّ، فصار بمنزلة الموكِّل فيه[٨]؛ لأنَّ المال في الأصل هو الثَّمن، ولأنه للموكِّل كما قاله أبو

[١] «ص» (لمعنىٰ).
[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٣] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».
[٤] في حاشية «أ» (قدر).
[٥] «ص» (يصير).
[٦] «أ» «ن» (والفائت)، والمثبت من «ص».
[٧] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».
[٨] «أ» (منه)، والمثبت من «ن» «ص».

يوسف ، والماليَّة كذلك الواجب ثبتت[1] بالقبض ، وهذا حَقّ الوكيل[2] ، فالقبض بدون ذلك الواجب لا يكون مالاً ، والواجب بدون القبض لا يكون مالاً فاستويا .

ثم الموكِّل يملك الإبراء والحطّ والمتاركة[3] ، ويصير الثَّمن قصاصاً بدين [عليه][4] ، فكذلك الوكيل ، [وكما لا يمنع حَقُّ الوكيل إبراءَ الموكِّل ؛ لأنَّه كان يقبضه له ، فكذلك][5] لا يمنع حَقُّ الموكِّل إبراء الوكيل ؛ لأنَّه ما استحقَّ المطالبة بالثَّمن بهذه المعاقدة إلَّا من قِبل الموكِّل[6] ، وإنه باقٍ[7] بعده .

ولأنَّه متىٰ حطَّ بعدما باع وقبض الثَّمن ما يتناول هذا التَّصرُّف حَقَّ الآمر ؛ لأنَّ حقه تعيَّن فيما قبض من الثَّمن ، وبهذا الحطِّ لا يلزمه ردُّ شيءٍ من ذلك الثَّمن[8] .

فدلَّتك[9] هذه المسألة أن امتناع التَّصرُّف علىٰ أصل أبي يوسف ليس لأنَّ تصرَّف الوكيل تناول حَقّ الآمر ؛ بل لأنَّه تصرَّف فيما لم يؤمر به ، وليس له[10] .

فأما قول أبي يوسف: إن الوكيل لو قال: «أبرأتك عن المطالبة» ، لا يصحُّ .

---

[1] «ص» (والمالية لذلك الواجب ثبتت) .

[2] «ص» (الموكل) .

[3] «ص» (والمبادلة) .

[4] ما بين [ ] ليس في «أ» ، والمثبت من «ن» و«ص» .

[5] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص» .

[6] «ص» (الوكيل) .

[7] «أ» (يأتي) ، والمثبت من «ن» و«ص» وحاشية «أ» .

[8] «ص» زيادة (المقبوض) .

[9] «ص» (فدليل) .

[10] «ص» (التصرف عند أبي يوسف . . . يتناول حق الموكل . . . وليس إليه) .

فالجواب عنه: أنَّا ننزِّله منزلة المالك لحقِّ القبض، ولو قال: «أبرأتك عن القبض» صحَّ.

وعلَّل محمد في المأذون بهذا وقال: لما أبرأه عن القبض ـ وذلك حقُّه ـ صحّ لِما ذكرنا أنَّه حَقٌّ منفرد عن ملك الأصل، حتَّىٰ جعلنا الوكيل في حَقِّ الحقوق كأنَّه اشترىٰ ثمَّ باع، وفي حَقِّ ملك الأصل كأنَّ العقد واحد، ولَمَّا صحّ ثبوته منفردًا صحّ إسقاطه منفردًا أيضًا، ولما سقط ـ والواجب باعتبار القبض كان يعَدُّ مالًا ـ صار متويًا[1] ملك[2] الماليَّة حكمًا، كما يتوىٰ ماليَّة الشاة بالتحقيق فيضمن.

ولا يلزم إذا كان الوكيل عبدا؛ لأنَّ التَّعليل وقع لبيان أن حَقَّ القبض يحتمل الإبراء بنفسه، لا لبيان أهليَّة من يقع الإبراء منه.

ألا ترىٰ أن العبد لو باع لنفسه أو المكاتب لم يملك الإبراءَ وما تعليلنا إلَّا لنُلحقه بالمالك.

ولا يلزم إذا كان وكيلَ صرفٍ؛ لأنَّه لو كان مالكًا لم يملك الإبراء؛ لأنَّه فسخ علىٰ ما عرف.

دل عليه ما ذكر في كتاب الصَّرف: أن الوكيل بشراء قُلْبٍ[3] بدراهم، إذا

(١) مِن: تَوَىٰ يَتْوَىٰ إِذَا ذَهَبَ، وَأَتْوَىٰ فُلَانٌ مَالَهُ فَتَوِيَ إذا أذهبه وأهلكه. انظر: «جمهرة اللغة» (٤١٣/١)، و«الدلائل في غريب الحديث» (٥٢٩/٢)، و«مشارق الأنوار» (١٢٥/١).

[٢] «ص» (صارت تاوية تلك).

(٣) القُلْب: نوع خاص من الأسورة، وهو مَا كَانَ منها قَلْدا وَاحِدًا، بحيث يكون مفتولا من طاق واحد لا من طاقين. انظر: «مقاييس اللغة» (١٧/٥)، و«المخصص» (٣٧٢/١)، و«طلبة الطلبة» (ص: ٧٢).

اشترى[1] ، ونقد الثَّمن ، فجاء رجل وهشم القلب =كان الوكيل بالخيار بين أن يرضى به كذلك ، وبين أن يضمِّن الهاشم ؛ لأنَّ الهشم عيب والرضى به من حقوقه ، وأخْذ قيمته من حقوق العقد.

كما لو كان المبيع عبدًا ، فقتله أجنبي ، فإن أخذ القيمة من خلاف جنسه = كان للوكيل ، وضمِن الثَّمن للآمر ؛ لأنَّه في حَقّ أصل الواجب وكيل ، وهذا الذي اختار تملّكه بدلٌ عن المبيع ، فلم يكن له ذلك بحقِّ النِّيابة ، وهو فيه نائب ، إلَّا أنَّه لما دخل في الابتداء مستوفيًا حَقّ العقد ملك تتميمه[2] بناءً على أنَّه مالك ، وضمن للموكِّل[3].

وكذلك[4] ههنا ؛ لأنَّ ما يتعدَّى إلى الموكِّل يتعدَّى حكمًا لا قصدًا ، وهو من حيث العقد مستوفٍ حَقّ نفسه[5]. وكذلك الكفيل ينزَّل منزلة الأصيل[6] في الأحكام المختصة بدين الأصيل[7] ، حتَّى إذا وُهب له الدَّين ملك ، ورجع على الأصيل[8] ، وهبة الدَّين من غير مَن عليه لا تجوز[9] ، وأصل الدَّين على الأصيل دون الكفيل على ما عرف ؛ لأنَّه قام مقامه في حَقّ القبض منه ، فقام مقامه فيما

[1] «ص» (اشتراه).

[2] «ص» (تتمينه).

[3] «ص» (وضمن بذلك).

[4] في حاشية «أ» (وكذا هذا).

[5] «ص» (من حيث القصد يستوفي حقه).

[6] «أ» «ن» (الأصل) في هذا الموضع والذي بعده ، والمثبت من «ص».

[7] «ص» (المحضة بدين الأصيل).

[8] «أ» (الأصل) ، والمثبت من «ن» «ص».

[9] «ص» (لغير من عليه الدين لا يصح).

تعلّق بأصل الواجب.

فكذلك ههنا الوكيل لما قام مقام المالك في أن حَقّ القبض له، لا بالأمر= قام مقامه في الأحكام التي[١] تختص بالمالك.

والذي يوضحه: أن الخلاف ثابت في التّأخير، والتّأخير يُبطل حَقّ القبض والمطالبة، ولا يُبطل أصل المال، فثبت أن طريق الصحّة من حيث له حَقّ القبض بحقّ المالكيّة، ثمّ يضمن[٢] المال بحقّ الإتواء، وإذا ملك نفذ[٣] التّصرُّف في أصل الدَّين حينئذٍ.

[١٠٢٨] مسألةٌ: إذا قال لآخر: «أسلِم ما لي عليك في كُرّ(٤) حنطة» أو: «اشتر لي شيئًا ـ سماه ـ بالدَّين الذي لي عليك» = لم يصحّ التّوكيل عند أبي حنيفة.

وعندهما: يصح.

لأن توكيله [إياه][٥] بهذا العقد صحيح لو لم يضفه إلىٰ الدَّين الذي عليه، ولكنْ قال: «أسلم لي عشرة دراهم في كُرّ حنطة»، أو: «اشتر لي عبدا بألف

---

[١] «ن» (الذي).

[٢] «ص» (لم يضمن).

[٣] «ن» (بعد).

(٤) الكُرُّ: من المكاييل المشهورة عند أهل العراق، ومقداره ستون قفيزا، والقفيز ثمانية مكاكيك، والمكوك صاع ونصف. انظر: «المخصص» (٣/٤٤٠)، و«الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي» (ص: ١٤٠).

[٥] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

درهم» = فكذا[١] وإن أضاف إلى الدَّين الذي على الوكيل؛ لأنَّ الدَّين في حَقِّ مَن عليه بمنزلة دراهم مقبوضة، ولو سلَّم[٢] إليه دراهم، وقال: «أسلمها لي في كُرِّ حنطة» = جاز، فكذا هذا.

ولأن الشِّراء في الحالين لا يتعلّق بما أضيف[٣] إليه عينًا كان أو دينًا، بل يجب[٤] بمثلها، ثمَّ يصير قصاصًا بالدَّين إن كان دينًا، وإن كان عينًا فللمشتري أن يعطي مثلها مكان ذلك العين.

ألا ترى أنَّ مَن اشترى مِن رجلٍ شيئًا بالدَّين الذي عليه، ثمَّ تصادقا أن لا دين= صحّ الشِّراء، ووجب ثمنٌ مبتدأً، ولو تعلّق به لبطل؛ لأنَّه ليس بشيء، كما لو أشار إلى عين، ثمَّ تبين أن لا شيء.

وكما لو ادَّعى عينًا ثمَّ صالحه عنه على مال، ثمَّ تصادقا أن لا دين، بطل الصُّلح، وإذا كان الشِّراء لا يتعلّق بالدَّين نفسه صار قوله: «اشتر لي عبدا بألفٍ بالدَّين الذي لي عليك»، وقوله: «اشتر لي عبدا بألف درهم» = سواءً، فيصحُّ.

وإذا اشترى صار مشتريًا بألفٍ مطلقةٍ غيرِ الدَّين، ووجب للوكيل على الموكِّل الألف الثَّمن، ثمَّ يصير قصاصًا بالألف التي هي له على الوكيل، فيبرأ الوكيل بالقصاص، لا بالتَّصرُّف بالوكالة.

---

[١] في حاشية «أ» زيادة (يصح).

[٢] «ن» (يسلم).

[٣] «ص» (أضاف).

[٤] «ص» (يتعلق).

دل عليه: [ما][١] لو قال: «أسلم ما لي عليك في كُرِّ حنطة إلىٰ فلان»، فإنه يصح.

وكذلك لو آجر داره ثمَّ قال للمستأجر: «رمَّ ما استرمَّ منها بالأجرة[٢]» = صحَّ، وهذا أمر بشراء منافع بما لَه عليه من الأجر[٣].

وكذلك لو قال: «تصدَّق بما لي عليك علىٰ الفقراء» صحَّ، كما لو كان عينًا.

ولا يلزم إذا قال: «ادفع ما لي عليك إلىٰ من شئت»، فإن الأمر فاسد؛ لأنَّ الذي عليه المال يملك الدَّفع بنفسه؛ لأنَّ الدَّفع يلاقي عينًا هو ملكُ المأمور، فلا يصحُّ أمر غيره فيه، إنَّما حَقُّ الآمر في القبض منه ليصير ملكا للآمر، والقبض إنَّما يكون من المدفوع إليه، فيصير هذا منه توكيلًا لمجهولٍ بالقبض، فلا يصحّ أمر غيره فيه.

فأما ههنا فقد أمره بالشِّراء له، وإيجاب الدَّين في ذمَّته، فكان أمرًا في حَقّ نفسه، فصحَّ، حتَّىٰ إذا قال: «تصدَّق بما لي عليك علىٰ الفقراء» صحَّ؛ لأنَّ الصدقة تقع لله تعالىٰ، والفقير نائب عنه[٤] في القبض، فصار القابض معلوما، فصحّ الأمر.

كما لو قال: «هب ما لي عليك لفلان»، فإنه يصحُّ؛ وهذا لأنَّ الشِّراء وُضع لإيجاب الثَّمن ابتداءً في الذمَّة، لا لتمليك ثمن موجود علىٰ ما بيَّنَّا في موضعه.

ولأبي حنيفة: أنَّ هذا أمر بتمليك الدَّين مِن غير مَن عليه الدَّين فيفسد؛ لأنَّ

[١] ما بين [ ] ليس في «ن» «ص».
[٢] «ن» (بالأجر)، «ص» (من الأجرة).
[٣] «ن» (الآخر)، «ص» (الأجرة).
[٤] «ص» (عن الله تعالىٰ).

الدَّين لا يقبل التَّمليك من الغير، كالتَّوكيل بتمليك الحر[١].

وإنَّما قلنا: «هذا[٢] أمر بتمليك الدَّين من غير من عليه»؛ لأنَّ عقد الشِّراء عقد تمليك، وقول الرجل: «اشتريتُ عبدا بألف»، وقوله: «ملَكتُ عبدا بألف» واحد، فقوله: «اشتر لي عبدا بالدَّين» وقوله «ملِّك الدَّين بائعَ العبد» شيء واحد، ثمَّ الشِّراء وإن كان لا يتعلَّق بالدَّين، فالأمر بالشِّراء يتعلَّق به.

ألا ترىٰ أن من دفع دراهم إلىٰ رجل، وقال له: «اشتر لي [بها][٣] عبدا»، فهلكت الدَّراهم قبل الشِّراء= بطلت الوكالة.

ولأن الدَّراهم إنَّما لا تتعيَّن في عقد معاوضة، والأمر بالشِّراء ليس بمعاوضة، فلم تمتنع بعينها في حَقّ الآمر بدليله، ولأن الدَّراهم إذا سلمت إلىٰ الوكيل إنَّما تعيَّنت؛ لأنَّ الآمر ما رضي بالتَّصرُّف في ذمَّته، بل في تلك الدَّراهم.

وهذا المعنىٰ قائم فيما إذا أضاف إلىٰ دين علىٰ التَّوكيل؛ لأنَّه أمره به ليرجع فيما عليه دون ذمَّته، بخلاف ما إذا قال: «أسلم ما لي عليك إلىٰ فلان»؛ لأنَّه لما عينه صار فلان وكيلا بالقبض أوَّلًا، كما لو قال: «ادفع ما لي عليك إليه»، فإذا قبضت وصارت الدَّراهم عينًا[٤] = صحت الوكالة بناءً عليه، كما إذا قال: «أعتق عبدك عني علىٰ ألف[٥]» قدَّم الشِّراء علىٰ العتق وإن لم يذكر[٦]؛ لأنَّه شرط

[١] «ص» (الخمر)، وفي حاشية «أ» كلمة غير مقروءة ولعلها: (الخمر).

[٢] «ص» (إنه).

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٤] «ص» (كما لو قال: «ادفع إليه إذا قبضت الدراهم» فصارت عينًا).

[٥] «أ» و«ن» (أعتق عبدك بألف)، والمثبت من «ص».

[٦] «ص» (يذكره).

صحّته على ما عرف، فكذا هذا.

وبخلاف مسألة الإجارة، فإن المسألة أنّه قال للمستأجر: «رُمَّ ما استرمَّ[1] منها بالأجر» وذلك [أمر][2] باتصال المرمَّة إلى الدَّار، وهي معلومة، فيصير كالمسلم إليه إذا كان معلومًا.

ومنهم من يجعل مسألة الإجارة على الاختلاف.

فأبو حنيفة مال إلى جانب الدَّين فأفسده؛ لأنّه لا يقبل التَّمليك من غير مَن عليه.

وهما مالَا إلى جانب المبيع، وقالا: إنّه أمره بشراء شيءٍ معلوم [بثمن معلوم][3]، وذكرُ الدَّين لبيان قدر الثَّمن، لا لتعلّق التَّمليك[4] به.

وهذا صحَّ؛ لأنَّ التَّمليك في الشِّراء ليس في الوكالة، والشِّراء لا يتعلّق بالدَّين نفسه، وإن أضيف إليه على ما مرَّ، فلا يصير الأمر بالشِّراء بالدَّين[5] أمرا بتمليك الدَّين.

|١٠٢٩| مسألةٌ: الوكيل بالشِّراء إذا اشترى ولم تحضره النِّيَّة[6]، أنَّه لمن اشترى حكم النقد عند أبي يوسف.

---

[١] «أ» (يسترم)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

[٤] «ن» (التملك).

[٥] «أ» (والدين)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٦] «أ» «ن» (البتة)، والمثبت من «ص».

وكذلك الوكيل بالسَّلم.

وقال محمد: هو للوكيل؛ لأنَّ شراءه في الأصل واقع له بولايته على نفسه، وتلك الولاية باقية فيما اشترى مع الوكالة، فلا يخرج عنها إلَّا بدلالةٍ مستثنيةٍ، وهو الإرادة للآمر.

كالمأمور بالحجِّ إذا حجَّ ولم تحضره النيَّة[١] وقع عن المأمور؛ لأنَّ الأمر الطَّارئ لم يرفع[٢] ولاية الحجّ عن نفسه، فيقع على الأصل، ما لم يأت بالدلالة المستثنية، وهي إرادة النِّيابة.

وكذلك الرجل إذا أمر عبدا أن يشتري نفسه من مولاه، فذهب واشترى ولم تحضره النيَّة[٣] = صار مشتريا لنفسه وعتق؛ لأنَّ الأمر لم يرفع الولاية الأصليَّة.

وهذا؛ لأنَّ الأحوال ثلاثة: إما أن يريد لنفسه، أو للآمر، أو لا يريد شيئًا، فتكون حالة واسطة بينهما.

فإذا كان عند التَّعيين ينفُذ[٤] على ما عيّن، كانت الحالة المترددة أولى بالرَّدّ إلى الأصليَّة لوجهين:

أحدهما: عدم الدلالة المستثنية على ما مرَّ.

والثَّاني: أن الأصل أقوى.

---

[١] «أ» «ن» (البتة)، والمثبت من «ص».

[٢] «ص» (يدفع).

[٣] «أ» «ن» (البتة)، والمثبت من «ص».

[٤] «أ» «ن» (وإذا كان عبدا يتعيَّن بنقد)، والمثبت من «ص».

ولأبي يوسف أن هذا الشِّراء الذي باشره يصلح للآمر، فإنه لولا معارضة الولاية الأصليَّة لوقع للآمر بلا إرادة له، نحو أن يكون الوكيل [عبدا][١] محجورا عليه، وكان[٢] وكيلًا بشراء شيءٍ بعينه ـ ويصلح للوكيل نفسه ـ فإنه لولا معارضة الولاية بحقِّ الوكالة[٣] لوقع له، لا شك فيه، ولما صلح لهما، وكان الامتناع بالمعارضة توقف، ولم ينفذ على أحد[٤]، ويرجح بالنَّقد[٥] بعرف التّجار أنَّهم إنَّما ينقدون من مال مَن وقع الشِّراء له.

ألا ترى أنهما إذا اختلفا، وقال كلُّ واحد منهما: «اشتريت لي ونويت لي» = وُقف، ووجب الترجيح بالنقد.

❊ فإن قيل: ولم قلتَ: إن الولايتين سواء ليجب[٦] الوقف عند المعارضة؟

❊ قلنا: دليله حال التَّكاذب، فإنه يوقف، والآمر يدعي لنفسه بحق الوكالة.

والدَّليل عليه: أن الوكيل بشراء شيءٍ بعينه إذا اشترى لنفسه ونوى، وعيَّن نفسه، لم يصحَّ، وكان للآمر، فدفع ولايةُ الوكالة الولايةَ الأصليَّة لما تعيَّنت، فإذا تناولت على الاحتمال وقعت على الاحتمال أيضًا.

وليس هذا كالمأمور بالحجِّ؛ لأنَّ الحجَّ الذي أتى به لا يصلح للآمر؛ لأنَّ الحجّ عن الآمر لا يتصوَّر إلَّا إذا عيّن للآمر، وأراده بقلبه.

---

[١] ما بين [ ] ليس في «ص».

[٢] «أ» (أو كان)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٣] «ص» (معارضة الولاية بالوكالة).

[٤] «أ» «ن» «ص» (آخر)، والمثبت من حاشية «أ».

[٥] «ص» (وترجح الحال بالنقد).

[٦] «ص» (على السواء حتى يجب).

ألا ترىٰ أن الآمر وإن عيَّن له السنة وقع مطلق الحجّ عن المأمور ، فالإرادة للآمر فيه شرط ، وههنا ليس بشرط ، فإنَّ الآمر إذا عيّن وقع له الشِّراء بمطلق العقد[١] من غير إرادةٍ له .

وكذلك العبد إذا اشترىٰ نفسه من مولاه لم يقع للآمر ، إلَّا إذا أضاف إليه ، فأمَّا مطلقه فيكون إعتاقا بمال ، ولا يصلح لولاية الوكالة بحال[٢] ، والله أعلم .

|١٠٣٠| مسألةٌ: الوكيل بالبيع علىٰ الإطلاق يملك البيع بما عزَّ وهان ، وبأيِّ ثمن كان ، حالًّا وبزمان .

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يملك إلَّا بدراهم ودنانير بما يتغابن النَّاس فيه .

وقال الشَّافعي(٣): لا يملك إلَّا نقدا بدراهم ودنانير ؛ لأنَّه أمره ببيع مطلق ، والمطلق بيعٌ بثمن ، فأمَّا بعرضٍ آخرَ فبيعٌ من وجهٍ ، والمطلق منه: الحالُّ ، فأمَّا الأجل فلا يثبت إلَّا بشرطٍ زائدٍ ، فلا يملك الوكيل إلَّا بشرطٍ زائدٍ .

ولأبي يوسف ومحمد[٤]: أنَّه أمره بالبيع ولم يقيِّده بصفة ، والحال والنسيئة صفتان ، فلا يتقيَّد شيء منها إلَّا بدليل زائد يوجب التقييد ، كما إذا أمره بشراء عبد بألف ، لا يتقيَّد بذلك بعبد تركي أو هندي ، أو صغير أو كبير .

---

[١] «أ» «ن» (بمطلقه) ، والمثبت من «ص» .

[٢] «ص» (ولا تصلح الولاية الوكالة) .

(٣) انظر: «مختصر المزني» (٨/٢١٠) ، و«الحاوي الكبير» (٦/٥٥٣) ، و«بحر المذهب» للروياني (٦/٦٢) .

[٤] «ص» (ولهما) .

والبيع اسم لتمليك[١] عين مالٍ بثمن، فإذا أتىٰ بهذا العقد صار مؤتِمرا.

ألا ترىٰ أنَّه يملك البيع بشرط الخيار؛ لأنَّه بيع كذلك، وإن كان الخيار لا يثبت إلَّا بشرط زائد، إلَّا أنا لم نجوز البيع بمحاباة فاحشة، وإن كان بيعاً علىٰ الحقيقة لأحد وجهين:

إما تخصيصًا بعرف التّجار، كما لا يملك الوكيل بشراء الفحم أن يشتري في الصيف للعرف[٢].

وإما؛ لأنَّ المحاباة الكثيرة لها حكم الهبات، حتَّىٰ إذا كانت في المرض اعتبرت من الثلث، ولم يملكها إلَّا من يملك الهبة، فلم يتمحَّض حينئذ بيعا، بل كان[٣] هبة من وجهٍ.

كالوكيل بالشِّراء لا يملك الشِّراء بزيادة فاحشة، ولا بغير[٤] الدَّراهم والدنانير.

وكذلك الوصي والمضارب لا يملكان البيع بمحاباة فاحشة.

وكذلك الوكيل بشراء الطَّعام لا يملك شراء غير الحنطة ودقيقها، بدلالة العرف.

ولأبي حنيفة: أنَّه أمره ببيع هذا العبد، وإنه اسمٌ لتمليكه بمالٍ، فإذا جاء بهذا الوصف صار مؤتمِرا، ولم يتقيَّد الائتمار ببيع بمالٍ معيَّنٍ، أو[٥] بمقدار

[١] «ص» (التملك).
[٢] «ص» (صنفا للعرب).
[٣] «ص» (كانت).
[٤] «أ» (يصير)، والمثبت من «ن».
[٥] «أ» (إذ)، والمثبت من «ن».

معيَّنٍ ؛ لأنَّ صاحبه لم يقيِّده ، والتَّعليق زيادة عندنا يجري مجرىٰ النَّسخ ، لا التخصيص ، علىٰ ما بيَّنَّا في رقبة الكفارة[١] عن اليمين والظهار .

ألا ترىٰ أنَّه لو حلف: لا يبيعه ، فباعه بثمنٍ قليل ، أو عرَضٍ حنث في يمينه ، ولا يحنث في اليمين إلَّا بما يتعارف بيعًا لسانًا .

وأما قولهم: «هذا شراء من وجهٍ» فغير قويٍّ ؛ لأنَّه أمر ببيع العبد ، والأمر صحّ لتناوله عبده ، وإنه لا يسمَّىٰ مشتريا في تمليكه العبد ، بل يسمَّىٰ بائعًا لا محالة[٢] ، وإنَّما يسمَّىٰ مشتريًا لبدله ، وذلك لم يدخل تحت الأمر ، وإنَّما ثبت ضرورةً أن البيع لا يكون إلَّا ببدل ، فلا يصير مخالفًا أو موافقًا فيما لم يؤمر به ؛ إلَّا أن يسمِّي شيئًا يُخرج جانب الأمر من أن يكون بيعًا[٣] ، وبهذا البدل لا يخرج هذا الجانب عن البيع فلم يعتبر[٤] ذلك الخلاف .

وأما قولهم: «إن العرف بخلاف هذا» ، فلا كذلك ؛ لأنَّ التَّاجر يتعارف بيع ما يساوي درهما بألفٍ لو ظفر ، ويتعارف شراء ما يساوي ألفًا بدرهم ، إلَّا أنَّه لا يجده[٥] ، وعدم الاستعمال للعجز لا يخصُّ الاسم .

ألا ترىٰ أن الشِّراء ما وضع إلَّا للربح ، فزيادة الرِّبح لأحدهما لا يخرجه عن موضوعه .

ألا ترىٰ أن البيع بدنانير يجوز في بلد نقدهم غير ذلك[٦] ، ولا يتعارف .

---

[١] في حاشية «أ» (تحرير الرقبة الكافرة).

[٢] «أ» «ص» (بحاله) ، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٣] «أ» (مبيعا) ، والمثبت من «ن» و«ص».

[٤] «ص» (يصر).

[٥] «ص» (إلا أنه تجارة).

[٦] «أ» و«ن» (بلدنا نقدهم) ، وفي حاشية «أ» (لا يكون) ، والمثبت من «ص».

وأما قولهم: «إن المحاباة تعتبر هبةً حكمًا»، فلا تعتبر هبةً حكمًا لشيء من المبيع الذي تعلّق به الأمر، بل تعتبر هبة للثمن.

ألا ترى أن المريض إذا حابى، ومات، ولم يخرج من الثلث، قيل للمشتري: إما أن تزيد إلى الثلث، وإما أن تردَّ، ولا يلزمه ردُّ بعض المبيع حتمًا.

ولا يلزم الوصي؛ لأنَّه أُمر ببيع فيه صلاح اليتيم، وذلك ببيعٍ[١] رابح، أو غير خاسر يقينا، فصار مأمورًا ببيعٍ[٢] بصفة، لا بمطلق البيع.

ولا يلزم الوكيل بالشِّراء، فإنه لا يملك الشِّراء بعين الثَّمن من مكيل غير عين[٣] في الذمَّة؛ لأنَّ الأمر بالشِّراء لا يصحّ لمكان السِّلعة - لأنَّها ملك الغير، وأمره إنَّما يصحّ في ملك نفسه - بل يصحّ لمكان الذمَّة؛ لأنَّها مملوكة للآمر، فكأنَّه أمره باستيجاب شيء في ذمَّته ثمنَ[٤] ما أمره بشرائه[٥].

وإذا كان أمرا بالتَّصرُّف في ذمَّته، فإذا اشترى سلعةَ عينٍ صار مخالفا، ولأن الأمر لما صحّ إيجابا في الذمَّة، وما يجب فيه غير مذكور لينظر إلى عمومه، وإنَّما ثبت مقتضًى بالشِّراء[٦]، والمقتضى يثبت ضرورةً، والضَّرورة ترتفع بما هو ثمن، فلم يدخل [غيره][٧] تحته، وصار الثَّمن أولى من غيره؛ لأنَّ الثَّمن هو المستوجب

---

[١] «ص» (بيع).

[٢] «ص» (ليبيع).

[٣] «ص» (فإنه يملك بغير الثمن من مكيل غير معين).

[٤] في حاشية «أ» (أي لوجود).

[٥] «ص» (وكان أمره ثابت بإيجاب شيء في ذمته بشراء ما أمره بشرائه).

[٦] «أ» «ن» (الشراء)، والمثبت من «ص» وفي حاشية «أ» (غيره).

[٧] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

في الذمم بالمعاوضات عرفا وشرعًا.

فأمَّا السِّلع فمحلٌّ لتعليق العقود[١] بها على ما بيَّنَّا في كتاب الصَّرف، في أن الأثمان لا تتعيَّن في عقود المعاوضات بخلاف السِّلع.

فأبو حنيفة فرق بين الأمر بالبيع وبين الأمر بالشِّراء وجعل لكل جانب حكمًا خاصًّا.

وهما سوَّيَا، وقالا: البيع لا يتم إلَّا بالشِّراء، والشِّراء لا يتم إلَّا بالبيع، فأمَّا الوكيل بالشِّراء إذا اشترىٰ بزيادةٍ فاحشةٍ لزمه إذا لم يكن وكيلًا بشراء شيء بعينه؛ لأنَّه يملك الشِّراء لنفسه، فاتُّهِم أنَّه اشتراه لنفسه، فلما لم يوافقه أظهر أنَّه اشتراه لموكِّله، فلم يصدَّق.

ولأن هذه الحالة لما كانت حالة تهمة لم تنصرف الوكالة المبنيَّة علىٰ الأمانة إلىٰ [التي هي][٢] موضع التُّهمة علىٰ أصل أبي حنيفة.

كما قال[٣] في الوكيل بالبيع: [أنه][٤] لا يملك البيع ممَّن لا تجوز شهادته له، حتَّىٰ إذا كان وكيلًا بشراء شيء بعينه ملك الشِّراء بزيادة فاحشة؛ لأنَّه لا يملك الشِّراء لنفسه فلا يتَّهم، وانصرفت الوكالة إليه، فلم ينحجر بالعين، كالوكيل بالبيع.

وكذلك الوكيل بالتزويج إذا زوَّج امرأة بزيادة فاحشة نفذ عند أبي حنيفة[٥].

---

[١] «أ» (محل التعليق المقصود)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٣] «ص» (قاله أبو حنيفة).

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٥] «ص» (علىٰ أصل أبي حنيفة).

وكذلك من جانب المرأة إذا زوَّجَ من غير كفء؛ لأنَّه غير متَّهم في العقد لنفسه، ثمَّ الإظهار لغيره لدفع الضرر.

وكذلك الوكيل بالشِّراء بمائة إذا اشترىٰ عبدا أعمىٰ يساوي مائة درهم، لم يجز عندهما بناءً علىٰ العرف.

وعند أبي حنيفة: يجوز بناءً علىٰ الحقيقة.

بخلاف المضارب إذا اشترىٰ قريب رب المال لم يصح؛ لأنَّ المضاربة عقد تجارة، وشراء القريب لا يصلح للتِّجارة، فصار مخصوصا بلفظ المضاربة الموضوعة للبيع بعد الشِّراء لطلب الرِّبح.

وكذلك العبد المأذون ـ علىٰ أصل أبي حنيفة ـ يملك البيع والشِّراء بما لا يتغابن النَّاس في مثله؛ لأنَّه في الحالين يشتري لنفسه، ويبيع لنفسه، فلا يصير متَّهما بما قلنا في الوكيل بالشِّراء، فتبقىٰ[1] العبرة لنفس العين، فلا يحجره ولا يُقيّد الإذن بتجارة رابحة، أو غير خاسرة بالعرف؛ لأن[2] صاحبه لم يقيِّده.

وعندهما: يتقيَّد بالعرف.

فهذه مسائل كلها من باب واحد. والله أعلم.

[١٠٣١] مسألةٌ: الوكيل ببيع عين إذا باع ممن لا تجوز شهادته [له][3] لم يجز عند أبي حنيفة.

---

[1] «أ» «ن» (فبقي).

[2] «أ» (لا)، والمثبت من «ن» و«ص».

[3] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

وقالا[١]: يجوز إلَّا بغبن فاحش.

وأما المضارب فيجوز بيعه من هؤلاء بلا خلاف، إلَّا أن يحابيَ قليلًا، فلا يجوز عند أبي حنيفة.

وعندهما: يجوز.

وكذلك الوصي بمنزلة المضارب.

وجه قولهما[٢]: أن الأملاك بينهما منفصلة، فيجوز التَّبايع بينهما بحقِّ الوكالة قياسًا على الإخوة.

وهذا لأنَّ الملك لما انفصل بينهما ـ والبيع عقد وضع لتمليك العين ـ لم يقع بذلك العقد ملك العين له بوجه، فلم يصر بائعًا إلَّا من غيره= فيجوز؛ لأنَّه ما أمر إلَّا به.

بخلاف البيع من المكاتب؛ لأنَّ ملكه للمولى[٣] من وجهٍ، فكذلك البيع منه= فلم يجز؛ لأنَّه أمر بالبيع من غيره.

ألا ترى أنَّه وإن زاد في الثَّمن لم يصح، وههنا يصح[٤].

وكذلك المضارب يملك البيع منهم[٥] إذا لم يحابِ، وإنه وكيل بالبيع؛ ولأنه لَمَّا ملك البيع منهم بلا محاباة بحقِّ الأمر لم يُحجر بالغبن القليل، كما في

[١] «ص» (وعندهما).

[٢] «ص» (ولهما).

[٣] «أ» (للولي)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٤] «ص» (لم يجز وههنا يجوز).

[٥] «أ» و«ن» (متهم)، والمثبت من «ص».

حَقِّ الأجنبي.

بخلاف العبد المديون يبيع من مولاه بلا محاباة، ولا يملك بمحاباة[١]؛ لأنَّه لا يملك البيع منه بحق الإذن من الغرماء، فإنه لم يوجد منهم إذن، بل لأنَّه لم يضر بهم[٢] بذلك البيع شيئًا، إذ حقُّهم في المعنىٰ لا العين، ولم ينتقض بالبيع بالمثل شيء من المعنىٰ، فإذا حابىٰ وإن قلَّ فقد أضر فجاء الحجر.

فأما هذا فيملك بحقِّ الأمر بالبيع الذي هو بيع عرفًا، وبالغبن القليل لا يخرج عن مطلقه، ولا يأخذ أحكام الهبات علىٰ ما مرَّ، فيبقىٰ تحت الأمر.

إلا أن أبا حنيفة يقول: الوكالة مبناها علىٰ الأمانة، وهو متَّهم في حَقِّ هؤلاء، ولهذا لم تقبل شهادته لهم، كأنَّه شهد لنفسه لإيصال[٣] المنافع بينهم، فلم تنصرف الوكالة إليه، إلَّا أن يزيل التُّهمة بزيادة الثَّمن.

ولا يلزم المضارب؛ لأنَّه أمر بالبيع للرِّبح، وذلك بعموم التِّجارات مرَّة بعد أخرىٰ، ومع كلِّ إنسان، فدخل تحته كلُّ أحد يرجىٰ منه ربح؛ إلَّا أن يحابيَ قليلا، فيتَّهم أنَّه حابىٰ لقربهم، لا لقصورٍ في التِّجارة، فينحجر بالتُّهمة، لا بالغبن.

وكذلك الوصي[٤] بمنزلة المضارب.

فأما الوكيل ببيع شيء بعينه، فما ملك إلَّا بيعًا واحدا، وإنَّه[٥] لا يقع مع

---

[١] «ص» (محاباةً). وفي «ص» وحاشية «أ» زيادة (وإن قلت: لأنه).

[٢] «ص» (لا يضرهم).

[٣] «ص» (لاتصال).

[٤] «ص» (الموصىٰ).

[٥] «ص» (ولأنه).

العموم ، فلم يدخل تحته من يتَّهم في جانبه إلَّا إذا جاء بما يزيل التُّهمة .

وهذا كما قال أبو حنيفة: إن الوصي لا يملك بيع ماله من اليتيم إلَّا إذا نقص من الثَّمن شيئًا ، ولا أن يشتري ماله لنفسه إلَّا إذا زاد قليلا ؛ لأنَّه متَّهم في حقِّه ، بخلاف الأب فلا يلتحق به ، إلَّا إذا جاء بما يزيل التُّهمة من الوجه الذي قلناه ، والله أعلم .

|١٠٣٢| **مسألةٌ:** المسلم إذا وكل ذميا بشراء الخمر أو الخنزير أو بالبيع صحّ وتصدَّق بالثَّمن[١] إذا باع ، وإذا اشترى خلّل الخمر وسيَّب الخنزير [عند أبي حنيفة][٢].

وقالا[٣]: لا يصحّ التَّوكيل ، لِما ذكرنا فيما مضى أن الوكيل نائب عن الآمر في تمليك السِّلعة أو الثَّمن ، فيصير الآمر كأنَّه فعَل بنفسه ، وإنه ممنوع عن تمليك الخمر ، وتملّك ثمنها ، أو تملّك الخمر= شرعًا .

ألا ترى لو وكَّل المسلم مجوسيًّا في تزويج[٤] مجوسيَّة لم يصحَّ ، وكذلك الوكيل لو كان عبدًا أو صبيًّا كافرًا محجورًا عليه لم يصح[٥] لهذا المعنى .

بخلاف المسلم يأذن لعبده النصراني فيشتري الخمور[٦] فيصحُّ ؛ لأنَّه ليس

---

[١] «أ» (ويصدق الثمن) ، والمثبت من «ن» و«ص» .

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من «ص» .

[٣] «أ» «ن» (وقالوا) ، والمثبت من «ص» .

[٤] «ص» (بتزويج) .

[٥] «ص» (لم يجز) .

[٦] «ص» (الخمر) .

بنائب عنه بوجه، بل هو بمنزلة المكاتب إذا اشترىٰ ثمَّ عجز، علىٰ ما عُرف في المأذون.

ولا يلزم الوكيل بشراء شيء بعينه، فإنه لا يملك الشِّراء لنفسه، ولو أمر غيره بالشِّراء له صحَّ؛ لأنَّه غير ممنوع عن تملّك ذلك[١] العين شرعًا، فإنه لو اتهب صحَّ، أو[٢] اشترىٰ بثمن كثير صحَّ، بل قبوله أمره بالشِّراء له جُعل في الشَّرع مانعًا وقوع المأمور[٣] به إلَّا علىٰ جهة الأمر، وهو إنَّما قبِل أمره بالشِّراء له، [لا الأمر بالشِّراء][٤].

فأما ههنا فممنوع عنه لمكان أنَّه خمر، وما أُمر إلَّا بتمليك الخمر أو تملُّكها، فكان ممنوعًا أيضًا لبقاء العلَّة، فإنَّ شراءه كما لا يستغني عن المحلِّ، فكذا الأمر بالشِّراء لا يستغني عن محلّ يصلح للأمر.

ولأبي حنيفة: إن هذا الوكيل يملك هذا الشِّراء أو البيع لنفسه، فملكه للمسلم[٥] قياسًا علىٰ سائر الأموال، وهذا لما ذكرنا أن الوكيل بالبيع والشِّراء ليس بنائب في نفس العقد وحقوقه، بل هو بمنزلة العاقد بحق الملك، حتَّىٰ إذا حلف لا يبيع هذا الشَّيء، أو لا يشتريه، فأمره[٦] ببيعه أو بشرائه، ففعله الوكيل= لم يحنث، ولِما مرَّ أن الحقوق تثبت للعاقد وعليه. وإذا لم يصر الوكيل نائبًا في نفس العقد لم يعتبر لصحته حال الآمر، بل اعتبر حال العاقد.

[١] «ص» (تلك).
[٢] «ص» (ولو).
[٣] «ص» (المأذون).
[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ص»، والمثبت من «ن» وحاشية «أ».
[٥] في حاشية «أ» (فيملكه). «ص» (فيملكه المسلم).
[٦] «ن» (فأمر).

فأما الجواب عن قولهم: «إنه نائب في ملك المبيع أو الثَّمن[١]» ، فكذلك ، ولكن لَمَّا صار في تولي العقد مالكًا غير نائب صحَّ ، ثمَّ صار الملك يثبت بعد ذلك للآمر لا بالمعاقدة والتَّصرُّف ، فإنه لم يتصرَّف بنفسه ، ولا صار غيره ـ في التَّصرُّف ـ نائبا عنه= بل يثبت حكمًا ، لامتناع الوقوع للمتصرِّف بمعنى النِّيابة في أصل الملك.

والمسلم من أهل أن يملك الخمر حكمًا شرعًا كما في الإرث ، فملك عقْد سببٍ يوجب[٢] له الملك حكمًا ، لا كسبًا ، وكما يأذن لعبده النصراني في التّجارة فيشتري له الخمور ، فإنه يملك الخمر ، وإذا مات العبد طولب بثمنها.

بخلاف ما إذا كان الوكيل محجورا عليه ؛ لأنَّه يصير نائبا عن الآمر في نفس التَّصرُّف ، والمسلم ممنوع من[٣] التَّصرُّف في الخمر.

فالذي قاله أبو حنيفة قياس صحيح ، وما قالاه[٤] احتياط.

ولهما هذه الاحتياطات في باب الخمر ، فإنَّهما كرِها بيع العصير ممَّن يتخذه خمرا احتياطًا ، فأفسدا[٥] الإجارة على نقل الخمر احتياطًا.

وجوَّز أبو حنيفة ذلك كلَّه.

وبخلاف الوكالة في باب النّكاح ، فإن المعتبر جانب الآمر ؛ لأنَّ الوكيل

---

[١] «ن» «ص» (والثمن).

[٢] «ص» (فملك عقدا بسبب موجب).

[٣] «ن» (عن).

[٤] «ن» (قالا).

[٥] «أ» (وأفسدا).

نائب في أصل العقد.

ألا ترىٰ أن المسلم إذا وكَّل مجوسيا بتزوُّج[١] مسلمة صحَّ، وإن لم يكن الوكيل من أهله.

وههنا الذمي إذا وكَّل المسلم ببيع خمره، أو خنزيره، أو الشِّراء له= لم يصحَّ؛ لأنَّ الوكيل ليس من أهله لنفسه، فلم يصلح وكيلًا لغيره.

وشبهتهما في أن الوكيل نائب في التَّمليك قويَّة[٢]، ولا إشكال في الوكيل بالبيع أنَّه نائب عن الآمر في تمليك مالِه. وكذلك في الشِّراء.

ألا ترىٰ أن النصراني إذا اشترىٰ خمرًا، ثمَّ أسلم لم يملك القبض، لما في القبض مشابهة[٣] بالعقد ـ وإن ملك العين قبل ذلك ـ.

وكذلك علىٰ قولهما: امرأة الذمِّي إذا أسلمت، ومهرها خمرُ عينٍ غير مقبوضة= لم تملك القبض؛ لأنَّ الملك يتأكَّد بالقبض، فأشبه أصل الملك. والله أعلم.

تم الكتاب بحمد الله ومنِّه

وصلىٰ الله علىٰ سيدنا محمد المصطفىٰ خاتم النبيين، وعلىٰ آله أجمعين.

---

[١] «ص» (بتزويج).

[٢] «أ» و«ن» (قوله)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٣] «ن» (مشابه). ولعلها: من مشابهة...

كتاب الصَّرف(١)

بسم الله الرحمن الرحيم

[١٠٣٣] **مسألةٌ**[٢]: الدَّراهم والدنانير لا يتعيَّنان في عقود المعاوضات عندنا.

وعند زفر والشَّافعي(٣): يتعيَّنان؛ لأنَّها عُيِّنت للاستحقاق بعقده[٤] فتتعيَّن، قياسًا على الهبة، والوصيَّة، والقرض.

وهذا؛ لأنَّ التَّعيين[٥] وجد من مالكه، وهو تصرَّف مفيد[٦] في ملكه الخالص له بلا حجر عليه، فإن المسألة[٧] مصورة[٨] في رجل غير محجور عليه، ودراهم هي[٩] خالص ملكه، بحيث لو كانت سلعةً لنفذ[١٠] تعيينه، أو كان مكان البيع هبة.

---

(١) اتفقت النسختان «أ» و«ن» على وقوع كتاب الصَّرف في هذا الموضع بعد فصل: الوكالة في باب البيع والشراء، وأما «ص» فقد أثبت فيها كتاب الشفعة بعد هذا الفصل، وتأخر كتاب الصَّرف بعد كتاب الشفعة.

[٢] الترجمة ليست في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

(٣) انظر: «الحاوي الكبير» (٥/١٣٨)، و«نهاية المطلب في دراية المذهب» (٥/٩٦)، و«بحر المذهب» للروياني (٤/٤٤٥).

[٤] «ص» (بعقد).

[٥] «أ» (التعيُّن)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٦] «ص» (مقيد).

[٧] كلمة غير واضحة في حاشية «أ».

[٨] «أ» «ن» (معينة)، والمثبت من «ص».

[٩] «ص» (في).

[١٠] «أ» «ن» (ليفد منه)، والمثبت من «ص».

وإنَّما قلنا: «مفيدا»، أما المشتري: فلفائدة أن يتعلّق الوجوب بالدَّراهم لا في الذمَّة، حتَّىٰ إذا هلكت قبل التَّسليم بطل العقد، ولم يطالَب بدراهم أُخر لا يجدها، فتبقىٰ في عهدة المطالبة، وإنه فائدة عظيمة.

ألا ترىٰ أنَّه لو دفع دراهم إلىٰ رجل ليشتري له بها ثوبا ذكره= صح، وتُعلَّق[١] الوكالة بالدَّراهم حتَّىٰ ينعزل بهلاكها، وإن كانت الوكالة تصحّ بتسمية دراهم مطلقة؛ لأنَّ التَّعيين أفاد ما ذكرنا: وهو أن يشتري بتلك الدَّراهم العين، فلا تشتغل ذمَّته بالدَّين، ولا يبقىٰ له تصرُّف عليه بعد الهلاك.

وأما البائع فيستفيد بالتَّعيين تعيين[٢] حقِّه، فإن العين خير من الدَّين لا محالة؛ إذ لا مقصود يحصل للمالك من الدَّين إلَّا إذا تعيَّن بالقبض.

ولأنها إذا تعيَّنت صار [هو][٣] أولىٰ بها من سائر الغرماء لو مات الرجل، أو أفلس قبل التَّسليم.

وكذلك إذا هلك العين عاد حقُّه إلىٰ المبيع، ولا يبقىٰ في دين عسىٰ يتوصل إليه أم لا.

ولأن البيع منزه عن الغرر، والغرر يقِلُّ بالتَّعيين، فيكون فيه تأكيد ما يبتنىٰ عليه جواز البيع، فيكون من أعظم الفوائد.

وكانت الدَّراهم بمنزلة المكيلات والموزونات من غير الأثمان، فإن الشِّراء بها جائز ديونًا في الذمَّة، وإذا عُيِّنت تعيَّنت للعلَّة التي ذكرناها، وإن كانت في

---

[١] «ص» (وتعلقت).

[٢] «أ» «ن» (تعيَّن)، والمثبت من «ص».

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[أصل][١] الخلقة من ذوات الأمثال، وكان المعيَّن[٢] ومثله من جنسه سواءً في الماليَّة كالدَّراهم، لا فرق بينهما.

أو نقول: إن المعاوضة ترِد على العين، فتتعيَّن به الدَّراهم؛ قياسًا على الشَّركة، والمضاربة، والوكالة.

أو نقول: إنها أحد عوضي البيع، فتتعيَّن بالتَّعيين؛ قياسًا على المثمن.

ولأن مقاصد الأموال إنَّما تحصل إذا تعيَّنت، وهذه الأبدال التي هي أموال إذا وجبت بعقودها من المعاوضات ديونًا فلا تجب إلَّا لغرض التَّعيُّن[٣] بالقبض، وكان ذلك نهايةُ حالها، فاستحال أن لا تتعيَّن، وفيه تتميم ما طلب منها بالإيجاب، بل كان القياس الأصلي أن لا يجب إلَّا بعد التَّعيين، حتَّى إذا كانا دينين دخل تحت النهي، ولكن سوهل فجوِّز دينًا لقلَّة التَّفاوت بين عين وعين من ذلك النقد لكونها من ذوات الأمثال، أو لحرج[٤] يلحق النَّاس في التحريم إلَّا بعد تعيين الثَّمن.

ولما كان الجواز دينًا لمعنى المساهلة والتَّيسير كان البناء على التَّعيين أخذًا بالثقة والاحتياط، فلم يجز أن لا يكون صحيحًا شرعًا، بل يجب أن يكون أولى بالجواز، كما قيل في المكيلات والموزنات.

بخلاف الأعيان المتفاوتة وصفا[٥]، فإنه ضُيِّق فيها ولم يُبْنَ الجواز إلَّا على

---

[١] ما بين ليس في «أ» و«ن» و«ص»، والمثبت من حاشية «أ».

[٢] «أ» «ن» (المعنى)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٣] «ص» (التعيين).

[٤] «ن» (بحرج).

[٥] «ن» (وضعا).

التَّعيين، لتفاوتٍ يحصل بين العين والعين من ذلك النوع، ولم يجز دينًا إلَّا رخصة سلمًا.

وإذا كان كذلك لم تثبت المخالفة بين الأثمان والمثمنات في الأصل، وكيف تثبت وكلُّها أموال لا تثبت[١] التّجارات إلَّا بها، وهو بناء[٢] الجواز على العين، ثم[٣] النَّقل إلى ما يجب في الذمَّة لمعنى عارض من ضرورة داعية إلى بيع ما في الذمَّة في المثمنات لعدم الحضرة في يديه، أو ثبوت مساواة بين العين ومثله، لعدم التَّفاوت بينهما خلقةً، فلم يتكلَّف للتَّعيين في طلبها، وجوِّز دونه حكمًا لسقوط التَّفاوت.

وأما علماؤنا الثلاثة فإنه يحتج لهم[٤]: بأنَّ شرط التَّعيين باطلٌ، إلَّا من حيث بيان نقده وقدره بالإشارة إليه؛ لأنَّه شرط يبدِّل حكم العقد[٥] على ما عليه أصله في الشَّرع، وهو مفيد على ما ذكرت، والبيع بمثل هذا الشَّرط لا يصحُّ.

فلما صحّ مع شرط التَّعيين علم أنَّه صار كناية عن بيان النقد الذي لا موجب للعقد في بيانه؛ لأنَّ العقد يصحّ بكل نوع مال لا موجب له في نوع خاص، بل ذلك إلى المتعاقدين، وكذلك القدر.

وأما سائر المعاوضات التي لا تبطل بالشروط الفاسدة، فإنها تصحّ على ما عليه حكمها، وتبطل للشرط[٦] بخلافها.

---

[١] «ص» (تقوم).

[٢] «ص» (فكان هذا).

[٣] «ص» (بل).

[٤] «ص» (ولنا).

[٥] «ص» (لأنه بدل حكم نص العقد).

[٦] «ص» (الشرط).

ولا إشكال في هذه الجملة، وإنَّما الإشكال في بيان أنَّه شرط بخلاف موجب العقد.

وبيانه: أن الله تعالىٰ أباح التّجارة عن تراضٍ، ولم يقيِّد بشرط[١] تعيين الثّمن، فلا يراد إلَّا بدليل آخر، وصار الجواز مطلقًا شرعًا بيانا: أن الشِّراء ـ الذي هو أصل في الوضع ـ ما ظهر التعامل به في الأسواق، فإن العادة إنَّما تجري بما هو أصل عند المتعاملين[٢]، لا بما يصار إليه لعارض، بل ذلك يتقدر بقدر[٣] العارض.

والعادة الجارية في الشِّراء في جميع الأسواق إذا كان بدراهم أو دنانير [أن][٤] يشتري السِّلعة بعد تعيينها بدراهم غير معينة، مع كون النقد حاضرًا مع المشتري، أو موضوعا بين أيديهما، فعلمنا أنَّه الأصل في الباب، والشَّرع قررهما[٥] علىٰ هذا، فلم يرو[٦] نهي عن مثله في الباب.

ولو كان هذا الوضع باطلا في أصل الشَّرع، وكان بحيث لا يجوز إلَّا بعذر لنهيٍ، واستثنىٰ حال العذر، ليتبين لنا جهة فساده من جوازه كما جَعل[٧] في جانب المبيع، فإن الأصل فيه لما كان في الشَّرع بأن لا يجوز إلَّا عينًا مملوكًا.

---

[١] «ن» (شرط).

[٢] «ص» (المتعاقدين).

[٣] «أ» «ن» (بتقدر)، والمثبت من «ص».

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

[٥] «ن» (قررنا). «ص» (قدرنا).

[٦] «ص» (يرد).

[٧] «ص» (فعل).

وبلغ النَّبيّ ﷺ أنهم يبيعون ما ليس عندهم ثمَّ يشترون فيسلمون، فنهاهم [عن ذلك][1]، علىٰ ما روي: «أن النَّبيّ ﷺ نهىٰ عن بيع ما ليس عند الإنسان» ثمَّ لما بلغته حاجتهم لضرورة العُدْم إلىٰ بيع ما ليس عندهم «رخص في السَّلم»(٢)، لتبيين[٣] أن الأصل فيه أن لا يجوز إلَّا في عينٍ مملوك، وأن الجواز دونه رخصةٌ لضرورةٍ وقوعِ الحاجة إلىٰ بيع ما ليس عنده في ملكه.

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

(٢) لم أقف علىٰ الحديث بهذا اللفظ. قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٤٥): «روي أن النبي ﷺ (نهىٰ عن بيع ما ليس عند الإنسان، ورخص في السلم) قلت: غريب بهذا اللفظ، وقوله: ورخص في السلم هو من تمام الحديث، لا من كلام المصنف، صرح بذلك في كلامه، وسيأتي في الحديث الخامس، ولكن رأيت في شرح مسلم للقرطبي ما يدل علىٰ أنه عثر علىٰ هذا الحديث بهذا اللفظ...». وقال ابن حجر في «الدراية في تخريج أحاديث الهداية» (٢/ ١٥٩): «قوله: (روىٰ أن النبي ﷺ نهىٰ عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم) لم أجده هكذا. نعم هما حديثان. أحدهما: «لا تبع ما ليس عندك». وقد تقدم. ثانيهما: الرخصة في السلم. ولم أره بهذا اللفظ، إلا أن القرطبي في شرح مسلم ذكره أيضا». وانظر كلام القرطبي في «المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم» (٤/ ٥١٦).

وحديث النهي عن بيع الإنسان ما ليس عنده ورد في أحاديث منها:

ما رواه أبو داود (٣٥٠٣)، والترمذي (١٢٧٦)، والنسائي (٤٦١٣)، وابن ماجه (٢١٨٧)، وأحمد (١٥٣١١). عن حكيم بن حزام ﷺ، قال: يا رسول الله، يأتيني الرجل فيريد مني البيع ليس عندي أفأبتاعه له من السوق؟ فقال: «لا تبع ما ليس عندك». قال الترمذي: في «جامعه» ت بشار (٢/ ٥٢٧): «حديث حكيم بن حزام حديث حسن، قد روي عنه من غير وجه». وقال البيهقي في «السنن الكبرىٰ» (٥/ ٥١٢): «هذا إسناد حسن متصل». وصححه ابن الملقن في «البدر المنير» (٦/ ٤٤٨). وانظر: «نصب الراية» (٤/ ٤٥)، و«التلخيص الحبير» (٣/ ١٠).

والترخيص في السلم ورد في أحاديث كثيرة من أصحها ما رواه البخاري (٢٢٣٩)، ومسلم (١٦٠٤) عن ابن عباس ﷺ، قال: قدم النبي ﷺ المدينة، وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين، فقال: «من أسلف في تمر، فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلىٰ أجل معلوم».

[٣] «ص» (ليبين).

وزاد شرط قبض البدل في المجلس؛ لأنَّ البيع منزَّهٌ عن الغرر، وفي العدول عن العين إلىٰ الدَّين ضربُ غررٍ، فزاد شرط قبض بدله الذي فيه ضربُ تحصينٍ عن الغرر، فإن العقد يتمُّ، ولا ينتقص بالهلاك لينجبر[١] به غرر الدَّينية.

ولهذا لم نجوز السَّلم الحالَّ؛ لأنَّه ما جوِّز إلَّا لعذر العدم، والعادم يكون عاجزا عن التَّسليم، والقدرة علىٰ تسليم المبيع شرطٌ للجواز إذا كان عينًا فاشترط، وإن[٢] جوِّز دينًا لضرورةٍ، فلم يجز إلَّا مؤجَّلا بما يرتفع به عدمه في الوضع، ويقدر علىٰ تسليمه، علىٰ ما بيَّنَّا في موضعه.

فلما لم ينه النَّبيّ ﷺ عن الشِّراء بدراهم غير مملوكة [له][٣] ولا معيَّنة، وثبت دينًا ما لَه حكمُ المبيعِ العينِ بوجهٍ، وخالف[٤] المسلم فيه[٥]، ولم يشترط قبض ما يقابله من البدل في المجلس= علم[٦] أن الوجود في الذمَّة أصل للثمن دينًا، كالعينيَّة للسلعة.

ولما ثبت هذا صار الثَّمن[٧] بنفسه حكمَ العقد ومحلُّه الذمَّة، ومن الجانب الآخر ملَك المشتري المبيع، ومحلُّه المبيع العين؛ لأنَّ حكم العقد ما يجب به، والثَّمن نفسه إنَّما يجب بالعقد علىٰ هذا الوضع في البيوع[٨].

---

[١] «أ» (لينجر)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٢] في حاشية «أ» زيادة (كان).

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٤] في حاشية «أ» (عقد).

[٥] «ص» (وحال من عقد السلم فيه).

[٦] «ص» (علىٰ).

[٧] «ص» (وجوب الثمن).

[٨] «ص» (الشرع).

والمحلُّ: ما شرط وجوده ليضاف إليه العقد ليحلَّه حكمُه[١]، وحكم العقد غيرُ محلِّه، فإن المحلَّ شرط يراعىٰ قبله، أو معه، كشروط كلِّ عمل من عبادة[٢] أو معاملة.

والحكم: ما ثبت بالعمل، فكانا في طرفي نقيض[٣]، وإذا جُعل الثَّمن محلًّا بتعيينه وشرطه كان شرطًا يغير[٤] موجبه إلىٰ ضده[٥]، وفيه منفعة لهما[٦] فكان فاسدا في أصله، كما إذا أراد بشرطه أن يجعل المحلَّ حكمًا[٧]، فثبت أنَّه إنَّما صحّ من حيث إنَّه بيان النقد[٨].

❁ فإن قيل: البيع بشرط الخيار[٩] ثلاثة أيَّام يجوز، وفيه تغيير حكم[١٠] العقد.

❁ قلنا: القياس أن لا يجوز، وإنَّما جوِّز بالشَّرع رخصةً لتدارك الغبن[١١]، ولهذا لم يجز بأكثر من ثلاثة أيَّام.

وهذا كما جوِّز السَّلم ـ وهو مبيع ـ دينًا في الذمَّة كالثَّمن؛ لأنَّ الأصل أن

---

[١] «ص» (والمحل: ما يشترط وجوده لإيجاب حكمه).

[٢] «ص» (من عمل عبادة).

[٣] «أ» «ن» (نقض)، والمثبت من «ص».

[٤] «ص» (يغير). ولم تضبط بالنقط في «ن».

[٥] في حاشية «أ» (مدة).

[٦] «أ» (لها).

[٧] «ص» (كما إذا زاد شرطا يجعل المحل حكما).

[٨] «أ» (البعد)، وفي حاشيتها (للنقد)، والمثبت من «ن» «ص».

[٩] في حاشية «أ» (إلىٰ).

[١٠] «ص» (موجب).

[١١] «ص» (لإدراك العين).

لا يجوز، والتَّعليل حصل لبيان الأصل، وإنَّما جوِّز به رخصةً لدفع الإفلاس.

وهذا بخلاف البيع بأجل، فإنه جائز أصلًا؛ لأنَّ الأجل لتأخير قبض الثَّمن، لا لأصله[١]، وحكم العقد في وجوب أصله، والأجل لا يغيِّره؛ بل يؤخِّر قبضه، وقبض الثَّمن بمنزلة التَّصرُّف في المبيع بعد الملك، والتَّصرُّف ليس بحكم[٢] العقد، ولكنه حكم الملك الواجب بالعقد، فلم يكن ما يغيره بمغيِّر لحكم[٣] العقد.

ألا ترىٰ لو رهن المبيع حتَّىٰ امتنع عليه التَّصرُّف [فيه][٤] لم يكن تغييرا لحكم العقد[٥]، وكذلك لو أجَّل الثَّمن بعد الوجوب.

❁ فإن قيل: إنا لا نسلِّم أن حكم البيع[٦] في جانب الثَّمن إيجابه أصلًا، بل نقول: حكمه الإيجاب في الذمَّة إذا لم يعيَّن، وإذا عيِّن فحكمه إيجاب الملك في العين.

وكذلك نقول في جانب المبيع: أنَّه مرَّة يكون محلًّا إذا عيِّن، ومرَّة حكمًا إذا لم يعيَّن وبيع في الذمَّة؛ إلَّا ما لا يصير معلوما بالوصف[٧]، فلا يجوز لأجل الجهالة، كالعين المجهولة.

---

[١] «ص» (لأجله).

[٢] «ص» (من حكم).

[٣] «أ» «ن» (بحكم)، والمثبت من «ص».

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٥] «ص» (لم يكن تغيير الموجب للعقد).

[٦] «ص» (المبيع).

[٧] «أ» (في الوصف)، والمثبت من «ن» «ص».

❁ قلنا: لا يجوز دعوىٰ هذا الأصل ؛ لأنَّ العينيَّة متىٰ صارت أصلًا يمكن[١] بالنَّقل إلىٰ الذمَّة ضربُ غررٍ لا محالة ؛ فإنه أبعد عن صاحبه من العين ، فكان يجب جبره بقبض ما يعيَّن منه كما في السَّلم ، فإنهما يدلان[٢] علىٰ السواء ، فيستدل[٣] لأحدهما بالآخر ، ولكان لا يجوز الصَّرف[٤] إلىٰ ما فيه ضربُ غررٍ إلَّا بعذر[٥] كالسَّلم ، وسائر الرخص .

ولما ذكرنا أن شرط العقد غيرُ حكمه ، وبينهما تضادٌّ في وقت الوجود ، الشَّرط يراعىٰ قبل العقد ، والحكم يجب بالعقد بعده ، وإنه[٦] مما يُرىٰ كالماء للنبات و[٧] ثمرته ؛ فإن الماء شرط لتحيىٰ[٨] النبات ، والثمرَّة حكم النبات وفرعه .

فإذا كان كذلك لم يجز أن يجعل المحلُّ حكمًا ، أو الحكم محلًّا = أصلًا ، بل الأصل أنهما يفترقان .

ثم قد يصير المحلُّ في حكم الحكم شرعًا لدليل شرعي ، كما لا يكون الميِّت حيًّا والحي ميتًا ، ولكن يصير أحدهما في حكم صاحبه بدليل .

ألا ترىٰ أن المبيع لما كان محلًّا في الأصل ، ثمَّ ثبت سلما في حكم الثَّمن=

---

[١] «ن» (ممكن) .
[٢] «ص» (بدلان) .
[٣] في حاشية «أ» (علىٰ) .
[٤] في «ص» وحاشية «أ» (النقل) .
[٥] «ص» (بضرب عذر) .
[٦] في «ص» وحاشية «أ» (وإنهما) .
[٧] في «ص» وحاشية «أ» (من) .
[٨] «ن» (لمجيء) .

لم يصر كالثَّمن مطلقًا، بل صار إليه بقدر ما ألجأتنا[١] الضَّرورة إلىٰ إعطائه حكم الثَّمن، في أن يثبت بالعقد في الذمَّة.

فأما بعد ثبوته اعتبر بالمبيع الذي هو عينٌ ومحلٌّ، حتىٰ[٢] لم يجز الاستبدال به قبل القبض، وصحّ الفسخ عليه وحده، فإن الفسخ رفعٌ للعقد، وإنَّما يرتفع[٣] الشَّيء عن محلِّه ـ وهو المبيع في الأصل ـ فبقي في السَّلم لما كان النَّقل إلىٰ حكم الثَّمن بضرورة رخصة، والثَّمن بالإجماع ممَّا يجوز الاستبدال به قبل القبض، ولا يرِد عليه الفسخ وحده بعد هلاك السِّلعة= علم أن الثَّمن بخلاف السِّلعة في أن الثَّمن مما يجب بالعقد في الذمَّة، لا أن يكون محلًّا، والسِّلعة محلّ للعقد، وأنّ الأمر ليس علىٰ ما زعمتم، فإنّ[٤] تعليق العقد بثمنٍ عينٍ إثباتٌ في غير محلِّه، فلا يثبت، ورفعٌ للحكم عن محلِّه ـ وهو الذمَّة ـ فلا يرتفع[٥].

فهذا هو الدَّليل علىٰ أن الثَّمن شُرِع حكمًا للعقد في الأصل، لا أنَّه صِير إليه لعذر أو دليل.

❁ فإن قيل: المكيلات[٦] تثبت في الذمَّة أثمانًا لا يرِد عليها الفسخ بانفرادها، وثبتت مبيعة[٧] إذا عيِّنت.

❁ قلنا: من مشايخنا من قال: القياس أن لا تثبت أثمانا، ولكنا جوَّزنا ذلك

---

[١] «أ» «ن» «ص» (ألجأته)، والمثبت من حاشية «أ».
[٢] «أ» «ن» (حين)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».
[٣] «ن» (يرفع).
[٤] «أ» (وأن).
[٥] «أ» «ن» (فلا يقدر)، والمثبت من «ص».
[٦] في حاشية «أ» زيادة (والموزونات).
[٧] «ص» (متعيِّنة).

بالشَّرع «فإن النَّبيّ ﷺ اشترىٰ ناقةً بثمن، واستقرض الثَّمن، وأدَّىٰ»(١)، فجوزناه اتباعًا للشرع[٢].

وحقيقة الجواب: أن الأموال أنواع ثلاثة: أثمان محضة، [وسلع محضة، وما هو دائر بينهما.

فالأثمان المحضة][٣]: وهي[٤] الدَّراهم والدنانير التي هي[٥] قيم أنفسها في الإتلافات، وقيم غيرها.

فإن المعنىٰ[٦] بالثَّمن: أنَّه مما يقوم به[٧] الأموال عند الحاجة إليها في الإتلافات وضمان التعدي؛ إذ[٨] التَّقويم في غير هذه الحالة لا يفترض، وإن كان يوجد، فلذلك خصَّصنا موضع الفرض للكلام فيه.

والمعنىٰ[٩] بالسِّلع: ما يقوم بالأثمان، ولا يقع التَّقويم بها في الإتلافات،

(١) لم أقف علىٰ الحديث بهذا اللفظ. وورد في البخاري (٢٣٨٥) ومسلم (٧١٥) من حديث جابر ﷺ أن النبي ﷺ اشترىٰ منه جمله في غزوة، وأدىٰ ثمنه في المدينة، وليس فيه أنه استقرض الثمن. ومن الألفاظ التي ذكرها البخاري للحديث: عن جابر بن عبد الله ﷺ، قال: غزوت مع النبي ﷺ قال: «كيف ترىٰ بعيرك أتبيعنيه؟» قلت: نعم، فبعته إياه، فلما قدم المدينة، غدوت إليه بالبعير، فأعطاني ثمنه.

[٢] «ص» (فجوزنا ذلك اتباعا للشرع).

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٤] «ص» (من).

[٥] في حاشية «أ» ولعلها (تسمىٰ).

[٦] «ن» (المعنيّ) في هذا الموضع والذي بعده.

[٧] «ص» (ما هو مزية).

[٨] «ص» (لأن).

[٩] «ص» (ونعني).

كالأعيان المتفاوتة من الأموال.

[فأما الدائر بينهما][١]، فالمكيلات والموزونات والعدديَّات المتقاربة، فإنها أثمان من وجهٍ، وسلع من وجه، فإن الإتلاف إذا ورد عليها كانت هي بأنفسها قيمَها[٢] في الشَّرع والعرف، ولم تجب دراهم بإزائها، وإذا ورد على غيرها لم تكن هي قيمَ ما ورَد عليه الإتلاف، كالأعيان المتفاوتة[٣].

وإذا كان كذلك قلنا[٤]: إذا عُقد البيع بها في الذمَّة ـ كما يُعقد بالدَّراهم ـ تثبت ثمنًا لشبهها بالأثمان، وإذا عُيِّنت أو عُقد العقد عليها ـ كما يضاف إلى السِّلع ـ تثبت مبيعًا لشبهها بالسِّلع.

وإذا كان كذلك لم يصِر بالشَّرط ما هو ثمنٌ في حكم المثمن، أو المثمن في حكم الثَّمن، بل بالشَّرط امتاز حال كونه مثمنا عن كونه ثمنا، والتمييز بالشَّرط إنَّما يكون بعد أن يكون في نفسه ـ قبل الشَّرط ـ محتملًا للوصفين جميعًا.

❁ فإن قيل: إذا اشترى عبدا بثيابٍ في الذمَّة إلى شهر فإنه يصحُّ[٥]، ولا تكون الثِّياب سلمًا حتَّى لا يفسخ[٦] عليها العقد بعد هلاك العبد، ولا يجب قبض العبد في المجلس، ولو كان[٧] سلمًا لا يشترط[٨]، ولا يجب بيان مكان الإيفاء

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٢] «ص» (قيمتها).
[٣] «أ» «ن» (لم تكن هي قيمتها قائمة مقام الدَّراهم)، والمثبت من «ص».
[٤] «أ» «ن» (فقيل)، والمثبت من «ص».
[٥] «ص» (يجوز).
[٦] «ص» (ينفسخ).
[٧] في حاشية «أ» (الثمن).
[٨] كذا في الأصول ولعلها: (لاشترط).

عند أبي حنيفة، والثِّياب سلعٌ محضة لا يقوّم بها غيرها، ولا أنفسها[١] في الإتلاف.

۞ قلنا: الثِّياب ليست بأمثال لغيرها، ولا لنفسها في ضمان الإتلاف على ما ذكرت، ولكنها أمثال لأنفسها[٢] إذا ثبتت موصوفة في الذمَّة، فيكون كلُّ واحدٍ منها قيمةَ الآخر[٣]، ومثْلًا له في الخروج عن الواجب في الذمَّة بالعين الذي يماثل الواجب؛ لأنَّ العين غير الدَّين لا محالة، كالمستهلَك غيرِ القائم.

ألا ترى أنَّه إذا اشترى عبدين بثوبين في الذمَّة[٤] على وصف واحد، فسلَّم أحدهما، ثمَّ اشتراه، ثمَّ سلمه عن الآخر= أجبر صاحبه على القبول، فكان الذي سلَّمه[٥] مرَّة مثْلًا لما بقيَ في ضمان العقد وصفًا، ولا يكون مثلًا له عينًا، فمن الوجه الذي تثبت [فيه][٦] المماثلة في باب الخروج عن الضَّمان= يصير ثمنًا[٧] لقيامه مقامه حكمًا.

كما قلنا في المكيل حال ضمان إتلاف العين؛ لأنَّ ضمان العقد واجب[٨] كضمان الإتلاف، ولا بدَّ من اعتبار كلِّ واحد منهما.

وإذا كان كذلك صارت الثِّياب بين المكيلات وبين الأموال متفاوتة من كلِّ

[١] «أ» (نفسها).
[٢] «أ» (لنفسها).
[٣] «ص» (للآخر).
[٤] في حاشية «أ» (عبدا يبدل في الذمة).
[٥] «أ» «ن» (يسلمه)، والمثبت من «ص».
[٦] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٧] في حاشية «أ» (سلما).
[٨] «أ» (الواجب)، والمثبت من «ن» و«ص».

وجه. فقلنا[١]: إن الثِّياب لا تثبت دينًا في الذمَّة بالبيع إلَّا مؤجَّلة لشبهها بالأموال المتفاوتة في ضمان الإتلاف، وثبتت ثمنًا لا[٢] مبيعةً لشبهها بالمكيلات توفيرًا علىٰ الشبهين حظَّهما.

وإذا كان كذلك لم يكن ثبوتها ثمنا حتَّىٰ[٣] يثبت بالشَّرط، بل الشَّرط يعيِّن حال كونها ثمنًا في أصل الخلقة.

❁ فإن قيل: إن الدَّراهم كذلك ضربت أثمانًا، وفيها شبه السِّلع؛ لأنَّ أعيانها مقصودة للذين يجمعون الأموال ويكنزونها، أو يهبونها.

ومرَّة تقوَّم الدَّراهم بالدنانير إذا كان نقد البلد دنانير، ومرَّة تقوَّم الدنانير بالدَّراهم إذا كان نقد بلدهم ذلك، ليعرِف بتقويمها قدرُ رأس ماله، كما قوَّم السِّلعة.

فعلمتَ أنها مقصودة بأعيانها كالسِّلع، ومقوّمة لغيرها[٤] ليعرف قدر رأس المال منها كالسِّلع، ومرَّة يقوم غيرها بها؛ إلَّا أن جهة الثَّمنية فيها[٥] أغلب[٦]، فلذلك ثبتت أثمانًا في الأصل، وإذا عُيِّنت تعيَّنت سلعًا، كما قلنا في الثِّياب والحنطة.

❁ قلنا: استدلالنا للفرق بين الأثمان والسِّلع كان بالتَّقويم، لا بكونها

---

[١] «ص» (المتفاوتة، من كل واحد، فقيل).

[٢] في حاشية «أ» (إلا).

[٣] في «ص» وحاشية «أ» (حين).

[٤] كذا في «أ» و«ن»، ولعل الأصح (بغيرها).

[٥] «ن»، «أ» (فيه).

[٦] في حاشية «أ» (أبلغ).

مقصودةً بأعيانها، وهي طريقة أخرى ذكرناها[1] بعد هذه، فلا نذكرها هنا.

فأما الجواب عن فصل القيمة: أن هذا بابٌ لا يمكن معرفته إلَّا بالمصير إلى التّجَّار، ثمَّ إنهم يتخذون برؤوس[2] أموال الشَّركات والمضاربات دراهم ودنانير، ثمَّ يقسِّمون الرِّبح بعد تحصيلها من غير تقويم الدَّراهم بالدنانير، والدنانير بالدَّراهم.

وكذلك الأموال إذا عبِّر عنها[3] بالقيم، ربَّما عبِّرت[4] بكذا وكذا دينارا إذا كثر المال، وربَّما عبِّر عنها[5] بالدَّراهم، وربَّما يوجد النقدان جميعا في بلد واحد، فتقوَّم الأشياء بهذا وهذا، ولا يقوَّم أحدهما بصاحبه لمعرفة[6] مقدار الماليَّة قطُّ؛ إلَّا أنَّه ربَّما لا يوجد في بلد من النقد إلَّا أحدهما، فبالعرف يُقتصر[7] على أحدهما، كما في نوعٍ من الدَّراهم إذا كان نقد بلدهم [ذلك][8].

كذلك إذا آل الأمر إلى ضمان المتلفات الواجبة شرعًا يخيَّر الحاكم، إن شاء قوَّم بهذا أو بهذا، أو لا يقوِّم قط أحدَهما بصاحبه.

ولما كانت قيمَ الأشياء، ولم يجب تقويمها في أنفسها بغيرها بحال= لم يكن لها شبه السِّلع، فالسِّلع ما يقوَّم بالثَّمن.

---

[1] «ص» (نذكرها).

[2] «ص» (رؤوس).

[3] «ص» (عين عينها).

[4] كلمة غير واضحة في حاشية «أ»، وفي «ص» (غيرت).

[5] «ص» (غير عينها).

[6] «ص» (بالآخر بمعرفة).

[7] «أ» (فبالعرف يقصر)، «ص» (والتعرف يقصر)، والمثبت من «ن».

[8] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

❁ فإن قيل: ليس في التَّعيين تغييرُ موجِب العقد من حيث الحقيقة، فإن البيع لتمليك مالٍ بمال، فالحكم وقوع الملك للعاقد في المسمَّىٰ من العوض، والمسمَّىٰ محلٌّ للملك لا شك فيه، إلَّا أن الدَّراهم المسمَّاة مرَّة تكون في الذمَّة، ومرَّة في الكيس، ومرَّة في الكف، فلا يكون محلُّ العوض معتبرا؛ لأنَّه ليس بحكم للعقد ولا شرط[١].

إنَّما الشَّرط هو المال المسمَّىٰ، والحكم وقوع الملك فيه للعاقد، وبالتَّعيين لا يتغير[٢] شيء من هذا، بل يصير المحلُّ حاضرًا، ويبعد من الغرر بالقدرة[٣] علىٰ التَّسليم، فيكون أولىٰ بالجواز.

ويدلُّ علىٰ أن العين أصل[٤] في الباب، أو أحد الأصلين، بخلاف المثمن إذا نقل إلىٰ الذمَّة، فإن فيه زيادةَ غررٍ، فجاء أن لا يجوز[٥] إلَّا رخصة.

❁ قلنا: نعم، إن الأمر علىٰ ما ذكرت، ولكن المال الذي يجب بالعقد[٦] لم يكن موجودًا قبل العقد، لا حاضرًا يشار إليه ولا غائبا يوصف، وبالعقد وُجد، وثبت ابتداءً في الذمَّة، فثبت أن ملك الثَّمن، ونفس الثَّمن[٧] كلاهما يجبان بالعقد، وصارا حكميه[٨]، فكان التَّعيين تغييرا[٩] لأحد الحكمين، وإن لم يكن

---

[١] «ص» (شرطه).
[٢] «ص» (يتعيَّن).
[٣] في «ص» وحاشية «أ» (في).
[٤] في حاشية «أ» (أجل).
[٥] «أ» «ن» (فجاز أن لا يكون)، والمثبت من «ص».
[٦] «ص» وحاشية «أ» زيادة (ثمنا).
[٧] «ص» (وتعيين المثمن).
[٨] «ص» (حكمه).
[٩] «أ» (تغيرا)، والمثبت من «ن» و«ص».

تغييرا للآخر. والشَّرط الذي يغير حكم العقد فاسد، وإن كان يقلل[١] الغرر من وجهٍ.

وتبين أن العين ليس بأصل، ولا بأحد الأصلين؛ لأنَّ الدَّين إلى الغرر أقرب، فلا يساويه، فيجعل الأصل أحدهما، وهو العين فيما يقبل التَّعيين من السِّلع، والدَّين في الذمَّة من الثَّمن الذي لا يقبل التَّعيين ثمنا ضرورة[٢]، ثمَّ المكيل إذا اشتري بها ألحق به لشبهه به من وجه.

❁ فإن قيل: إن البيع وضع لتمليك مال بمال، فكان الحكم هو الملك في الحقيقة، والمالان محلَّان، ما شرع البيع لإحداث الماليَّة ليصير نفس[٣] المال حكمًا له، بل هو تصرُّف في المال، وكان ينبغي أن يكون المالان من الجانبين يشترط وجودهما، إلَّا أنَّه سوهل في الأثمان، فجوِّز إيجابا في الذمَّة؛ لأنَّ المبتغى منها معنى[٤] النقد، لا عين المنقود، لكونها متساويةً، لا يجري الضيق بين التّجَّار[٥] بين عين وعين، إذا اتَّفقا نقدًا، بخلاف[٦] السِّلع.

فبسبب المساهلة من هذا الوجه صارت[٧] الإضافة إلى العين والذمَّة سواءً، كالمكيل والموزون، لا عبرة في ذلك لكونها ثمنا، وغير ثمن.

---

[١] «أ» «ن» (يعلل)، والمثبت من «ص».

[٢] «ص» (والذمة في الثمن الذي يقبل التعيين ثمنا ضرورة).

[٣] «ص» (تعيين).

[٤] «أ» «ن» (نفس)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٥] «ص» (الظن من التجار).

[٦] «أ» «ن» (بحال)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٧] «ص» (فتثبت.... وصارت).

❁ قلنا: إن كانت الأثمان متساوية الأعيان من نقد واحد، وجرت[١] المساهلة لأجلها، فإن الحكم شرعًا لا يختلف بمساهلة ثبتت بينهم، فكان[٢] متىٰ شُرط[٣] في الأصل تعيين المحلِّ من جانب الثَّمن لم يجز إسقاطه، لعله منا لا لهم[٤]، وحقه ذلك لديهم؛ لأنَّ أحكام الشَّرع لازمة خفَّت علينا وهانت مقاصدها، أو عزت، وإنَّما تتغير بعذر.

فلما ثبتت في الذمَّة بلا عذر مع تيسير الإشارة إلىٰ النقد الحاضر، علم أن المغير[٥] رؤية الشَّرع الصلاح في ذلك تفرقةً[٦] بين الأثمان والسِّلع، ليعرِّفنا بذلك أن الأثمان هي معاني السِّلع، لا عبرة بأعيانها حال ما يبتغىٰ بها السِّلع، تحقيقًا للثَّمنية بتعليق حكم المعاوضة بالمعنىٰ، وهو النقد[٧] الذي يختلف به قدر الماليَّة، لا بالعين[٨].

فصارت أعيان الأثمان في حَقّ المعاوضة هدرًا كشيء لا قيمة له، فلم يبق محلًّا للاستحقاق بالبيع، فلم يقبل الإشارة للاستحقاق، كحبَّة حنطة ونحوها، ليكون عدم استحقاق العين بالشِّراء مُحالًا[٩] إلىٰ وصف مؤثِّر، وهو الهوان، كشربة ماءٍ، ونحوه.

---

[١] «ص» (ووجبت).

[٢] في حاشية «أ» (فلو كان تعيين المحل).

[٣] «ص» (فلو كان من شرطه).

[٤] «ص» (لم يسقط نقله منا لأنهم). والعبارة مشكلة.

[٥] في «ص» وحاشية «أ» (المعنىٰ).

[٦] «ص» (بفرقه).

[٧] في حاشية «أ» (الرواج).

[٨] في حاشية «أ» (بالنقد).

[٩] «ص» (مضافا).

وعلِّق الحكم في المثمنات بالعين تحقيقًا لما عليه مبنى البيع[١] في السِّلع، وهي الأعيان التي ينتفع بها إما استعمالًا[٢] وإما استهلاكًا.

ألا ترى أن المكيلات متساوية الأعيان[٣] من نوع واحد كالدَّراهم، ثمَّ هي لا تثبت في الذمَّة مطلقةً إذا استعملت استعمال السِّلع بأن أضيف العقد إليها، ولم تثبت دينًا إلَّا رخصة سلمًا في حكم العين الذي هو محلٌّ، حتَّى قبل الفسخ بعد هلاك رأس المال، بخلاف الثَّمن.

فهذا يبطل جميع كلماتهم، وهو أن ما شُرط محلًّا للعقد أصلًا لم يجز اتخاذ[٤] العقد دون وجوده إلَّا رخصة بعذر؛ لأنَّ الشَّيء لا يوجد قبل شروطه[٥]، ومتى جوِّز سلمًا بعذر مضافًا إلى الذمَّة ثبت على حكم المحليَّة، فقبل الفسخ؛ ولم يجز الاستبدال[٦] به قبل القبض، فظهر[٧] بهذا أن المثمن قطُّ لا يثبت ثبوت الأثمان.

فكذلك الأثمان لم يجز ثبوتها ثبوت المثمنات، إذ لو ثبتت لكانت سلعةً في حكم العقد، ومتى كانت سلعةً في حكمه لم يجز أن تثبت في حكم الثَّمن، لتضادٍّ أثبته الشَّرع بينهما[٨].

---

[١] «ص» (عليه المبيع).

[٢] في حاشية «أ» (استنفاعا).

[٣] «ص» (الأمثال).

[٤] في «ص» وحاشية «أ» (إيجاب).

[٥] «ن» «ص» (شرطه).

[٦] «أ» (الاستدلال)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٧] في «ص» وحاشية «أ» زيادة (وغرر الدينية ارتفع بوجود قبض الآخر فيظهر).

[٨] في حاشية «أ» (حكما).

ولهذا[١] لم يجز[٢] السَّلم في الأثمان ؛ لأنَّها تصير في حكم السِّلع .

ولهذا المعنىٰ جوَّزنا الصَّرف دينًا بدين خلافا لزفر ؛ لأنَّه ثمن بثمن ، وإنَّما شرط في السِّلع[٣] عينًا بعين .

ولهذا[٤] شُرط التقابض في بدل الصَّرف في المجلس ؛ لأنَّ الرَّسول ﷺ «نهىٰ عن الكالئ بالكالئ»(٥) ، أي الدَّين بالدَّين ، والصَّرف لا يقع إلَّا دينًا بدين ؛ لأنَّه لا يتعيَّن وإن عين ، وكذلك يجوز من غير تعيين[٦] ، فشُرط قبض أحدهما في المجلس ليتعيَّن به ، وتزول الدَّينية بالقبض الذي هو حكم العقد ، وجوِّز ؛ لأنَّ ساعات المجلس معتبرة بابتدائه[٧] فيما يتعلَّق به جواز العقد

---

[١] في حاشية «أ» (مسألة) .

[٢] في حاشية «أ» (نحن نجوز) .

[٣] في حاشية «أ» (بالسلع) . «ص» (السلم) .

[٤] في حاشية «أ» (مسألة) .

(٥) الحديث مروي من طرق عن ـ ابن عمرَ ﷺ ـ ، رواه عبد الرزاق (١٤٤٤٠) عن الأسلمي عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر . قال عبد الحق الإشبيلي في «الأحكام الوسطىٰ» (٣/٢٥٩) ـ عن الأسلمي ـ: «هو إبراهيم بن محمد بن أبي يحيىٰ ، وهو متروك كان يرمىٰ بالكذب» . وانظر: «نصب الراية» (٤/٤٠) ، و«البدر المنير» (٦/٥٦٧) .
وقد رواه ابن أبي شيبة (٢٢١٢٧) ، والدارقطني (٣٠٦٠) ، والحاكم في «المستدرك» (٢٣٤٢) ، والبيهقي في «السنن الكبرىٰ» (١٠٥٣٦) من طريق عبد العزيز الدراوردي عن موسىٰ بن عقبة عن نافع عن ابن عمر . قال الحاكم: (٢/٦٥): «هذا حديث صحيح علىٰ شرط مسلم ولم يخرجاه» ، ووافقه الذهبي . قال البيهقي في «معرفة السنن والآثار» (٨/٥٢): «وموسىٰ بن عبيدة غير قوي» ، وأورده العقيلي في الضعفاء الكبير (٤/١٦١) . قال ابن حجر في «التلخيص الحبير» (٣/٧٠): «وصححه الحاكم علىٰ شرط مسلم فوهم ، فإن راويه موسىٰ بن عبيدة الربذي لا موسىٰ بن عقبة» .

[٦] «ص» زيادة (قبض) .

[٧] «أ» (بابتداء) ، والمثبت من «ن» «ص» .

وتمامه، على ما عُرف.

ولَمَّا شُرط قبض أحدهما وجب قبض الآخر أيضًا[١] للتسوية بينهما؛ لأنَّه عقد معاوضة، فمطلقه يوجب المساواة[٢] بين المتعاوضين في حكم البدلين، ولو قَبِل[٣] التَّعيين بالإشارة لشُرط[٤] مكانَ القبض الإشارة[٥].

وكذلك في السلم شُرط قبض رأس المال في المجلس لِما ذكرنا من تحصينِ العقد بالقبض، وحتَّى يصير عينًا، فإنَّ الآخر دين، ولم يشترط قبض الآخر؛ لأنَّه مؤجَّل، والمساواة لا تعتبر مع الشَّرط.

ثم قيل في الصَّرف: إنَّه يجب القبض وإن كان البدل عينًا؛ لأنَّ الأصل في الصَّرف الأثمان، وكذلك السَّلم يكون بالدَّراهم في الأعم وهي الأصل، فلما صار العقد موجبا للقبض لدفع[٦] الدَّينية، وسببه الصَّرف والسَّلم علَّق الحكم بنفس السَّبب، فيتعلَّق[٧] الوجوب به[٨]، وألحق البدل[٩] الذي يخلو عن العلَّة بالجملة.

---

[١] في حاشية «أ» زيادة (إيجابا).

[٢] في حاشية «أ» (وله).

[٣] «أ» و«ن» (قيل)، والمثبت من «ص».

[٤] «أ» و«ن» (بشرط)، والمثبت من «ص».

[٥] عبارة «ص» (ولو قبل التعيين لشرط مكان القبض الإشارة).

[٦] «ص» (لترتفع).

[٧] «ن» (فيعلق). «ص» (فتعلق).

[٨] في «ص» وحاشية «أ» زيادة (أو شرط قبض رأس المال ـ وإن كان عينا ـ لينجبر به غرر الدينية في المبيع في حق العقد، وأن [في حاشية «أ»: (في أن)] يقل غرره احتياطا لأمر الربا).

[٩] في «ص» وحاشية «أ» (الفرد).

كما قلنا في تعليق الاستبراء بحدوث[١] ملك الوطء بملك اليمين المؤدِّي إلىٰ اشتباه الأنساب لولا الاستبراء، وإن كان قد يخلو عنه إذا اشتراها من صبي أو امرأة، أو كانت بكرا احتياطا لباب العدة[٢].

❁ فإن قيل: هذا يبطل بالمهر في النّكاح؛ فإنه يجوز أن يكون عبدا مشارًا إليه، فيكون محلًّا، ثمَّ يثبت في الذمَّة بلا عذر، وكذلك الشاة.

❁ قلنا: إن العبد جعل ثمنًا؛ لأنَّ المهر في مقام الثَّمن[٣]، وما أقيم مقام الثَّمن يأخذ حكمه بالقيام مقامه، كما قلنا في المكيل والثِّياب.

فتحقيق[٤] هذا ما قلنا: إن حكم المعاوضة في الثَّمن إيجابه في الذمَّة، لا في مال عينٍ؛ ولهذا لا يفسخ البيع عندي[٥] بإفلاس المشتري؛ لأنَّ حكم الشِّراء الإيجاب[٦] في الذمَّة، وبالإفلاس لا يختلُّ أمر الوجوب.

والذي يوضح هذا: أن العينيَّة أصل في كلِّ ما يطلب أو يشار إليه؛ فلابدَّ للنَّقل من العين إلىٰ الدَّين من عذر حسِّيٍّ أو سببٍ شرعي، ولا نجد بين النَّاس عذرًا يختص به الثَّمن دون المبيع؛ فيقع الفرق بينهما بعذر مفرق[٧] بينهما.

[١] «أ» و«ن» (بحدود)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٢] في حاشية «أ» (العبادة). وفي «ص» زيادة (أو كانت بكرا احتياطا لأمر المياه، والنوم الذي هو سبب الحدث يقام مقامه احتياطا لباب العبادة).

[٣] «ص» (لأن المهر في باب النكاح قائم مقام الثمن).

[٤] «ن» (فيحقق).

[٥] «ص» (عندنا).

[٦] «أ» (إيجاب).

[٧] «أ» (بعذر متفرق)، «ص» (بعذر بين فارق)، والمثبت من «ن».

فثبت أن الفرق ثبت شرعًا لعلَّة لم تعقل، أو علَّة معقولة، وهي: اختلاف الرغائب بين النَّاس في اعتبار[١] السِّلع في الأصل، وتساوي الرغائب في أعيان الثَّمن من نقد واحد، واختلافها[٢] عند اختلاف النقود.

ثم الشَّرع حرَّم المعاوضة بما يهون بين[٣] النَّاس، بحيث لا يجري [به][٤] الضن والشح بحالٍ، كحبَّة حنطة، ونواة، ونحوها مما [لا][٥] يصان؛ لأنَّ ما لا يجوز إلَّا بعوضٍ هو مال من العقود لابدَّ فيه من ماليَّة متقومة، وذلك بتموُّل النَّاس بصيانتهم وإحرازهم، وإذا لم نجد الإحراز للعين إلَّا سبب معتاد[٦] من النقد على ما بينا= لم يتعلّق استحقاق[٧] بالعين، فلم يبق إلَّا الدَّين في الذمَّة، فتصير الذمَّة أصلًا شرعًا.

والدَّليل على أنَّه كان لهذا، لا لعذر حرج بالنَّاس في التَّعيين، بعدما بيَّنَّا أن الحرج في تعيين الثَّمن لا يكون فوق الحرج في تعيين المبيع= أنَّه لو كان للحرج لما لزم المشتري تعيين الثَّمن قبل قبض السِّلعة، فإن الحرج يلحقه للحال كما في حال العقد.

ولقيل: إن البائع يسلِّم أوَّلا؛ لأنَّ تمام التَّعيين بالقبض، والمشتري معذور

[١] «ص» (أعيان).
[٢] «أ» «ص» (واختلافهما)، والمثبت من «ن».
[٣] «ص» (عند).
[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٥] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».
[٦] «ن» (معناه). «ص» (بسبب معتاد)
[٧] في حاشية «أ» (بحكم المعاوضة). «ص» (استحقاق المعاوضة).

عن التَّسليم[١] بعذر اختص به ، فخُفِّف عنه ، ولما صار جانبه أخف في التَّعيين أخفَّ يدي البائع بالتَّعيين[٢] .

ألا ترىٰ أن في باب السَّلم لما نُقل أمر البيع عن العين إلىٰ الدَّين لعذر بالبائع أوجب التخفيف عنه ، لم يؤمر بتسليم السَّلم أوَّلًا وإن كان السَّلم حالا عندك[٣] ، ورأس المال عين يساويه[٤] المشتري في العينيَّة ، بل أمر المشتري بتسليم رأس المال أوَّلا ، وإن كان عينًا تحقيقا لمعنىٰ الخفة علىٰ البائع .

فلما أمر المشتري فيما نحن فيه بتسليم الثَّمن أوَّلًا عُلم أن المعنىٰ[٥] ما قلناه ، وهو أن التَّعيين غير ممكن بالشِّراء ، فلذلك فارق البائع ، وكان السَّبيل أن يستويا ؛ لأنَّه معاوضة مال بمال ، وكلٌّ طالب حر به[٦] من حيث الماليَّة ، حتَّىٰ لما قبِل الثَّمن التَّعيُّن بالقبض أُمر المشتري بالتَّسليم أوَّلًا[٧] ليساويه البائع في ملك العين ، والمساواة موجب العقد ، وتقدم[٨] عدم الإمكان عدم[٩] في أصل الشِّراء[١٠] ، بخلاف التبرُّعات ؛ فإنه جائز بالعين[١١] ، وبما لا قيمة له من حبَّة

[١] «ص» وحاشية «أ» (التعيين).

[٢] «ص» (فيخففه عنه ويبدأ من جانب البائع بالتسليم).

[٣] في حاشية «أ» (عندكم يجوز). «ص» (عندكم).

[٤] «ص» (ليساويه).

[٥] في حاشية «أ» (المعتبر).

[٦] «ص» الكلمة غير واضحة ، والظاهر أنه مصحفة.

[٧] في حاشية «أ» (ثم البائع).

[٨] في حاشية «أ» (يعذر).

[٩] في حاشية «أ» (عذر).

[١٠] «ن» (وتعذر عدم الإمكان عدم في أصل الشراء). «ص» (وعذر عدم الإمكان عذر في أصل الشراء) ووقع في هذه الأخيرة تقديم وتأخير.

[١١] «ص» (بالهين).

حنطة أو نواة، وما لا[١] يقصد مثله بالعوض.

ووجه آخر يؤكِّد الأوَّل من حيث بيان المعنىٰ الذي لأجله لم تتعيَّن الأثمان، وهو أن الأموال إنَّما كانت أموالًا متقوَّمة لتموُّل النَّاس في الأصل، والتموُّل إنَّما وجد منهم؛ لأنَّ مصالحهم تقوم بها[٢]، والمصالح كلُّها إنَّما تقوم بالسِّلع إما أكلًا أو شربًا أو لبسًا أو ركوبًا، وانتفاعنا بمنافعها[٣] من جلب خير أو دفع شر.

ولا يقوم بالأثمان شيء من هذه المصالح، فما ضُربت[٤] الدَّراهم والدنانير إلَّا ليُتوصَّل بها إلىٰ السِّلع التي بها تقوم المصالح، وبها تقوم الأموال، ويظهر قدر الماليَّة منها، ولا يظهر بأعيانها، بل بمعناها الذي فيه الرَّواج، ولا تقتنىٰ إلَّا لهذا[٥].

ولهذا لا تصحّ إجارتها لعدم منافعها، وما في عينها ـ إذا استهلكت كذلك ـ أيضًا منفعة، فلم تكن أموالًا لأعيانها[٦]، ولكن كانت سببًا للوصول إلىٰ ما يتعلّق بها المصالح، فكانت أموالًا؛ لأنَّها أسباب، بل الثَّمن اسم لمعنىٰ الأموال كلِّها، وكانت أعزَّ من السِّلع؛ لأنَّها سبب الوصول إلىٰ كلِّ عينٍ يراد وضعًا وشرعًا وعرفًا.

---

[١] «أ» و«ن» (إنما لا)، والمثبت من «ص».

[٢] في «ص» وحاشية «أ» زيادة (لا عبثا).

[٣] في حاشية «أ» (وامتناع منافعها).

[٤] «أ» و«ن» (لا بتمول)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٥] «أ» (ولا تعيّن إلا لها)، «ن» (ولا تعيين إلا لها)، والمثبت من «ص».

[٦] «ص» وحاشية «أ» (أيضا كالحصىٰ).

والسَّبب يتعلّق به حكم العلَّة على ما ذكرنا، فثبت له أيضًا حكم العلَّة وهي الماليَّة، ولن يحصل التوصل بها إلى غيرها إلَّا في المعاوضات، وإذا استعملت في المعاوضات وابتغي منها ما وضعت الدَّراهم له، وهو الوصول إلى غيره= اعتبر مالًا على حقيقته، وهو أنَّه يتعلّق [به][1] الوصول إلى عين المال.

فإن السَّبب وإن كان يُقام مقام العلَّة، فإذا اتَّصلت به العلَّة تعلّق الحكم بالعلَّة، كالنَّوم إذا اتَّصل[2] بالحدث، فدخل تحت العقد، واستحقَّ به[3] من حيث إنَّه سبب الوصول.

وهذا المعنى في الأثمان يختلف باختلاف النقود المتفاوتة[4]، لا باختلاف الأعيان من نوع واحد، [بل يتَّحد فيها من نوع واحد][5]، وقطُّ لا يختلف ثمن السِّلعة مقدارًا في الأموال[6] بتعيين النقد وعدمه، وإنَّما يختلف باختلاف النقد والأصل[7]، فعمل التَّعيين عمله فيما يختلف من بيان النقد والقدر.

ولم يعمل فيما اتَّحد؛ لأنَّ الواحد لا يقبل تمييزه عن غيره، إنَّما محلّ التمييز شيئان، وصار عينه في أنَّه عين ما عين لغوًا اعتباره لما لم تكن[8] الماليَّة متعلّقة بعينه، ولكن بمعناه، وهو أنَّه سبب الوصول إلى غيره، ووجب اعتبار

---

[1] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ص»، والمثبت من «ن».

[2] «ن» (اتصلت). «ص» (اتصل به)

[3] «ص» (والتحق بالأموال).

[4] «ص» (النقود والمقادير).

[5] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

[6] «ص» وحاشية «أ» (الأسواق).

[7] «ص» (أو بالأجل).

[8] «ص» (في أن غير ما عين لغوا اعتبارا بما لم تكن المالية ...).

السَّببية للماليَّة فيه لما استحقَّ بعقد معاوضة، وطلب منه بها ما صار مالًا لأجله[١].

وصار كدراهم لُفَّت في جلد ميتة، فاشتري بالدَّراهم شيء، فإن الشِّراء يتعلّق بما في الجلد لا بعين الجلد، لأنَّه ظرفُ المال، والشِّراء عقدٌ[٢] بالمال، فكذلك العين للمعنى الذي هو المال، وبه صار مالًا ظرف له، ولما طُلب منه معناه تعلّق الحكم بالمعنى الذي هو مال، لا بالعين الذي هو ظرف.

أو لَمَّا لم يختلف حكم إصابة السِّلعة باختلاف أعيان الدَّراهم، بل اختلاف[٣] النقود التي بها تختلف الماليَّة[٤] صارت الأعيان ساقطةَ القيمة في حَقّ إصابة السِّلعة، وصارت ساقطة العبرة، فلم تُستحقَّ بها، كقطرة ماء، ونحوها، بخلاف ما إذا استعملت في عقود التبرُّعات.

أما على الطريق الأوَّل فلأنها لا تصحّ إيجابًا في ذمَّة العاقد؛ لأنَّ التبرُّع لا يتم سببًا[٥] إلَّا بالقبض، والقبض لا يتصوَّر إلَّا على عين، فكان التَّعيين لإيجاب الملك فيه تقريرًا لحكم العقد، لا تغييرًا.

وعلى الطريق الثَّاني: لَمَّا لم يُطلب منه التوصُّل إلى عين مال علم أنَّه لم يستعمله على أنَّه سبب ومعنى السِّلعة، فإنه للحال ليس بسبب، فلا يكون مالًا بناءً على السَّبب، فكان يجب أن يفسد، إلَّا أنها جوِّزت لما أنَّ أعيانها لما كانت

---

[١] «أ» (ما صار لأجله)، «ن» (ما صار ما لأجله)، والمثبت من «ص».

[٢] «ص» (تحققه).

[٣] كذا، ولعلها (باختلاف).

[٤] «ص» (أو بما لم تختلف من حكم إصابة السلعة).

[٥] «ص» وحاشية «أ» زيادة (للملك).

أسبابًا لإصابة الأموال جُعلت مالا بأعيانها حكمًا، وهذه العقود عُقدت[١] على أعيانها، فجوِّزت على معنى أنها أموال بأعيانها [لا][٢] بناءً على إقامة السَّبب مقام العلَّة عند فقْد العلَّة، إما تيسيرًا[٣]، وإما احتياطًا، على ما مرَّ.

ولما جاز العقد عليها على أنَّها أعيان أموال، والعين المشار إليه غير الذي لم يشر إليه= تعيَّن؛ لأنَّ التَّعيين صحيح فيما اختلف، كما صحّ في المثمنات؛ لأنَّها أموال بأعيانها مقصودة، والذي عيَّن غير الذي لم يعينه[٤]، فصحّ التَّعيين لإصابته محلَّه.

فأمَّا إذا عقد بها المعاوضة، فقد طلب منها الوصول [بها][٥] إلى غيرها، وتحقُّق المعنى الذي لأجله كانت أموالًا، فتعلّق الحكم بعين العلَّة، لا[٦] العين الذي هو سببه، فلا يصحّ التَّعيين حينئذ لتغاير الأعيان، فإنها لغو، كالظرف[٧] للأموال، وإنَّما يصحّ التَّعيين لتغاير المعاني التي[٨] بها توجد الأموال، كالنوم الذي هو سبب للحدث، يكون [هو][٩] حدثا بنفسه حكمًا إذا لم يوجد الحدث، وإذا خرج الحدث حقيقةً كان وجوب الوضوء بالحدث الحقيقي، لا بالنوم الذي هو سببٌ.

---

[١] في حاشية «أ» (تفتقر). «ص» (تقبض).

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٣] «ص» (تيسيرا عليه).

[٤] «ص» (يعين).

[٥] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٦] في حاشية «أ» (ولعل المعنى الذي). وفي «ص» (ولغى المعنى).

[٧] «أ» (وكالظرف).

[٨] «أ» (الذي)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٩] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».

مثال هذا تعيين الوكيل بشراء شيءِ بعينه بثمن معلوم [إذا نوىٰ][١] حال ما اشتراه ـ كما أمر ـ أن يكون الشِّراء لنفسه، فإنه يلغو؛ لأنَّ هذا الشِّراء في هذا المحلِّ لا يتنوَّع، فلا يصحّ التَّعيين.

وهذا كنية صوم رمضان للنفل يلغو[٢] بالإجماع؛ لأنَّه ليس فيه أنواع صوم، فتلغو نيَّة التَّعيين، ويصير التَّعيين كالإطلاق[٣].

فكذلك فيما نحن فيه يصير التَّعيين كالإطلاق لما اتَّحد المعنىٰ، وصارت العبرة له.

ولهذا قلنا نحن: إن النُّقرة(٤) تتعيَّن بالتَّعيين؛ لأنَّها قبْل الضَّربِ دراهمَ[٥] تعدُّ أموالًا بأعيانها، فإنها يتَّخذ منها أنواع حليٍّ فينتفع بها بعينها كذلك، فتصير العين مطلوبةً لمنفعة تستوفىٰ منها، فصارت مالًا بعينه علىٰ هذا الطريق، وهذا العين المشار إليه غير الذي لم يشر إليه[٦] فصادف التَّعيين محلَّه، فصحَّ.

وإن كانت النُّقرة تثبت دينًا في الذمَّة مطلقًا، حتَّىٰ إذا اشترىٰ نقرة بنقرة دينًا بدين، وليس في ملكهما ذلك، فاستقرضا، وتقابضا= صحَّ؛ لأنَّ أصل المنفعة من[٧] الأموال ما تعلّق به قوامنا، ولا يوجد ذلك من النُّقرة، إنَّما يوجد بها

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٢] «أ» (فيلغو).

[٣] «أ» (كالطلاق)، والمثبت من «ن» و«ص».

(٤) النُّقْرة: هي السبيكة المذابة من الذهب أو الفضة. انظر: «العين» (١٤٥/٥)، و«الصحاح» (٨٣٥/٢)، و«المغرب في ترتيب المعرب» (ص: ٤٧٣).

[٥] «أ» و«ن» (قبل الصرف دراهم)، وفي «ص» (تقبل الضرب دراهم). والمثبت من حاشية «أ».

[٦] «ص»، «أ» (غير المشار إليه غير عين آخر).

[٧] «ص» (في).

التزيين[١]، وذلك بيع فكانت العبرة للأصل، وعلىٰ ذلك الأصل، هي أسباب الأموال التي يتعلّق بها القوام، إلَّا أن تعيَّن للبيع[٢]، فتتعيَّن به.

فأما إذا ضُربت دراهمَ، فبعد هذا لا تعدُّ للتحلِّي في العادات، ولا للانتفاع بها بعينها بوجهٍ، بل للاعتياض بها بما[٣] تقوم به المصالح والحوائج، فصارت أثمانًا محضة، ماليَّتها في معناها، علىٰ ما قلنا[٤].

وأما المثمنات علىٰ هذه الطريقة فتكون أموالًا لأعيانها؛ لأنَّ مصالحنا تقوم بأعيانها، وقد تكون أموالًا، لأنا نصل بها إلىٰ ما نحتاج إليه[٥]، ولكن مع هذا لا يلغو اعتبار العينيَّة؛ لأنَّ المصالح في هذه الحالة تتعلّق بالعين أيضًا، فلم يلغ اعتباره، وازدادت له مالية، فلذلك[٦] لم يثبت ثمنًا مطلقًا، وكان علىٰ مثال النَّصّ المعلول[٧]، فإن حكمه يثبت في نفسه بنصِّه[٨] لا بالعلَّة، وفي غيره بالعلَّة.

ولهذا بالإجماع تعلّق وجوب الزكاة في الفضَّة والذَّهب بعينيهما، وإن لم يقصد تجارة بهما؛ لأنَّها خلقت لذلك في الأصل، ولذلك تعيَّن[٩] الذَّهب والفضَّة.

---

[١] «ص» (الدين).
[٢] «ص» (إن تعيَّن المبيع).
[٣] «أ» «ن» (ما)، والمثبت من «ص».
[٤] «ص» (في منافعها علىٰ ما قلناه).
[٥] في «ص» وحاشية «أ» زيادة (فنبيع ما لا نحتاج إليه بما نحتاج إليه).
[٦] «ص» (فإن ازدادت المالية، فكذلك).
[٧] «ص» (المعلق).
[٨] «ص» (بنفسه).
[٩] «ص» (يقتنىٰ).

ولهذا عندنا تجب الزكاة وإن اتَّخذها حليًّا ؛ لأنَّ الانتفاع بعينه من حيث التَّحلِّي تبعُ منفعةٍ ، لا يتعلّق به القوام ، والمقصود ما يتعلّق به القوام ، ولن يحصل ذلك بالذَّهب والفضَّة إلَّا من حيث الاستبدال بها ، وهذا الوجه قبل التَّحلِّي كان غالبًا ، حتَّىٰ وجبت الزكاة[١] ، كأنَّه أعدَّ للتجارة ، فلا يسقط بقصد التَّحلِّي ، وهو دونه ، وتبعٌ له ، علىٰ ما ذكرنا ، وسائر المثمنات أموال لأعيانها ترتفع بها المصالح التي تعلّق[٢] بها القوام.

وكذلك بالاستبدال[٣] بها[٤] تتعلّق هذه المصالح ، فتبيع السِّلعة بسلعة تأكلها وتشربها[٥] ، فكانت للبذلة في أعيانها ، لتعلّق المصالح الأصليَّة ببذلتها[٦] ، فإذا جعلها للتجارة بها صحّ ، لتعلّق المصالح الأصليَّة بالتّجارة.

فثبت أن المثمنات تشبه الأثمان بالجَعل ، والأثمان لا تصير مثمنات بالجعل ، علىٰ ما قررنا من المعاني ، وتلونا من الأحكام.

فأما الجواب عن حجتهم[٧] ، فعن الأوَّل ما قلنا: إنها في عقود التبرُّعات[٨] ، أو لأنَّه لم يصادف التَّعيين محلَّه ، وهي المعاني المختلفة ؛ لأنَّ معنىٰ الرَّواج من

---

[١] «ص» وحاشية «أ» زيادة (فيه).

[٢] «ص» (بأعيانها... يتعلق).

[٣] «أ» (الاستدلال) ، والمثبت من «ن» و«ص».

[٤] «ص» وحاشية «أ» (بما).

[٥] «أ» (يأكلها ويشربها).

[٦] «أ» (ببدلها) ، والمثبت من «ن» و«ص».

[٧] «أ» «ن» (حجة) ، والمثبت من «ص».

[٨] في حاشية «أ» و«ص» زيادة (أموال بأعيانها وأما الثاني فإن عمل المالك لا ينفذ لأنه جاء بخلاف المشروع).

ذلك النقد واحد، والتَّعيين انصرف إليه.

وأما الوكالة والشَّركات والمضاربات فإنها تتقيَّد بالمال إذا سلِّم، لا لتعيُّن النقد معقودا عليه عقد الوكالة أو الشَّركة، فإنها تنعقد على العمل المطلوب [منه][١] ليملك على الآمر لا[٢] على المال، ولو تصرَّف ثمَّ هلك[٣] المال رجع على الآمر بمثله، ولم يتعلّق به العقد، ولكن يوقت بالمال.

كأنَّه قال: «اشتر لي هذا العبد بألف درهم، ما دامت هذه الألف في يدك» فيتوقَّت به، كما لو قال له: «شهرا»، أو: «ما دام فلان في السوق»، وإنَّما وقَّتنا به لدلالة الحال، من[٤] حيث إنَّه ما أراد منه التَّصرُّف بحيث يبقى في عهدة دينه إلَّا بالمال الذي بذله، وإنَّما يتقدر[٥] به إذا توقَّت العقد ببقاء المال[٦].

وهذا كالوكالة بشراء الجَمْد(٧) في الصيف ينقطع بمجيء الشتاء، لتوقُّت الوكالة بالصيف بدلالة الحال[٨].

---

[١] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».

[٢] «أ» (ما)، والمثبت من «ن».

[٣] «أ» (ملك)، والمثبت من «ن».

[٤] في حاشية «أ» (وهو).

[٥] «أ» «ن» (يتعذر)، والمثبت من «ص».

[٦] «أ» «ن» (تبعا للمال)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

(٧) في «العناية شرح الهداية» (٧٨/٨): «الجَمْدِ بِسُكُونِ الْمِيمِ: مَا جَمَدَ مِنْ الْمَاءِ لِشِدَّةِ الْبَرْدِ، تَسْمِيَةٌ لِلِاسْمِ بِالْمَصْدَرِ».

[٨] «ص» وحاشية «أ» زيادة (لا لأن العقد انعقد على الوقت، وأما المضاربة وشركة العنان فلا يصحان إلا بعد تعيين رأس المال، فلأن العقد في نفسه ليس بمعاوضة، وهذا عقد تملك به المعاوضة، وهي تتعيَّن في غير المعاوضات، لأنه لما لم يطلب بها التوصل إلى غيرها صار العين مقصودا).

ودلَّ جواز الشَّركة واستحقاق العامل الرِّبح طيِّبًا علىٰ أن الشِّراء لا يتعلّق بعين الثَّمن ؛ لأنَّ الثَّمن عنده أمانة ، فيصير الرِّبح ربحَ ما لم يضمن ، وإنه حرام ، ولهذا لم تصحّ الشَّركة بغير الدَّراهم والدنانير ؛ لأنَّه يؤدي إلىٰ ربح ما لم يضمن.

وأما القياس علىٰ المثمن ، فقد أطلْنا[١] الجواب عنه ، وكان حجة عليه في تصحيحه شرطًا يخالف موجبه.

ومن أصحابنا من احتجَّ بحديث ابن عمر[٢] أنَّه سأل رسول الله ﷺ فقال: إني رجل أبيع الإبل بالبقيع ، فربَّما أبيع بالدَّراهم ، وآخذ دنانير مكانها ، وربَّما أبيع بدنانير ، وآخذ مكانها دراهم ، فقال ﷺ: «**لا بأس إذا افترقتما وليس بينكما عمل**»(٣).

---

[١] في حاشية «أ» (أطلقنا).

[٢] «ن» (عمر).

(٣) رواه أبو داود (٣٣٥٤)، والترمذي (١٢٤٢)، والنسائي (٤٥٨٢)، وابن ماجه (٢٢٦٢)، وأحمد (٥٥٥٥). قال الترمذي في «جامعه» (٣/٥٣٦): «هذا حديث لا نعرفه مرفوعا إلا من حديث سماك بن حرب ، عن سعيد بن جبير ، عن ابن عمر» ، وروىٰ داود بن أبي هند هذا الحديث ، عن سعيد بن جبير ، عن ابن عمر موقوفا».

قال الحاكم في «المستدرك علىٰ الصحيحين» (٢/٥٠): «هذا حديث صحيح علىٰ شرط مسلم ولم يخرجاه».

وأعله البيهقي في «معرفة السنن والآثار» (٨/١١٣) بأن سماك بن حرب ينفرد برفعه.

وقال ابن حجر في «الدراية في تخريج أحاديث الهداية» (٢/١٥٥): «صححه الدارقطني والحاكم وروي موقوفا وهو أرجح ، وروي موقوفا علىٰ سعيد بن جبير».

وقال ابن الملقن في «خلاصة البدر المنير» (٢/٧١): «رواه الأربعة وابن حبان والحاكم ، وقال: إنه علىٰ شرط مسلم ، وقال الترمذي والبيهقي: تفرد برفعه سماك وأكثر الرواة وقفوه علىٰ ابن عمر. قلت: هو من باب تعارض الوصل والوقف ، والأصح تقديم الوصل».

وسماك بن حرب متكلم في روايته. وانظر: «المحلىٰ» (٨/٥٠٣ ـ ٥٠٤)، و«البدر المنير»=

فجوز الاستبدال بها قبل القبض[١] كالمبيع، إلَّا أنَّه يقول: إنَّما لم يستفسر[٢]؛ لأنَّ المطلق ينصرف إلىٰ المعتاد، وهو الشِّراء بدراهم غير معينة، ولأنَّ الاستبدال لا يصار إليه قبل القبض إلَّا لعذر عدمِ المسمَّىٰ؛ إذ لو كان لرغبة في الثَّاني لما عدَل عنه[٣] ابتداءً، وعذر العدم لا يتصوَّر إلَّا في غير العين.

فأما العين فيتيسر قبضه إن بقي، وإن هلك بطل العقد[٤]، وإذا كان كذلك في العادة صار المسكوت عنه كالمذكور، كما إذا اشترىٰ بدراهم انصرف إلىٰ نقد البلد، كأنَّه ذكره بعرف[٥] البلد.

ألا ترىٰ أن الشَّرط إذا خرج علىٰ وفاق العادة صار في حكم المسكوت عنه. فكذلك المتروك بوفاق العادة يصير كالمذكور.

ومن أصحابنا من احتجَّ بأنَّ صحَّة الفسخ بأحد البدلين من خاصية[٦] المثمنات، فلا يجوز أن يثبت في الثَّمن، كما أن عدم صحَّة الفسخ بأحد البدلين من خاصية الأثمان، فلم تثبت في المثمنات، ولو[٧] تعيَّن المثمن لقبل الفسخ، وهذا غير قوي؛ لأنَّه يقول: إن الثمن متىٰ تعيَّن صار في حكم المثمنات،

= (٥٦٤/٦)، و«التلخيص الحبير» (٦٩/٣)، و«إرواء الغليل» (١٧٤/٥).

[١] في حاشية «أ» (ولم يستفصل أن الدراهم كانت عينا أم لا، ولو كانت تتعيَّن لما جاز الاستبدال به قبل القبض).

[٢] في حاشية «أ» (يستفصل).

[٣] في حاشية «أ» (لباعه)، «ص» (لباعه به).

[٤] «ص» زيادة (وكذلك إن رد بالزيادة).

[٥] «أ» «ن» (لعرف)، والمثبت من «ص».

[٦] «أ» (خاصة)، والمثبت من «ص» و«ن».

[٧] «أ» و«ن» (من خاصية الأثمان إلا في الأثمان لو تعيَّن)، والمثبت من «ص».

كالمكيل متىٰ ثبت دينًا في الذمَّة صار في حكم الأثمان.

وهذا كالثَّمن إذا استحقَّ بعقد الهبة كان في حكم المثمنات.

وعلىٰ هذا [الأصل][١] تخرَّج مسألة صرف دراهمَ دينٍ بدراهم دينٍ، فإنه يجوز عندنا؛ لأنَّها وإن عينت لم تتعيَّن.

وعند زفر: لا يجوز، لما روي عن النَّبيِّ ﷺ: أنَّه «نهىٰ عن الكالئ بالكالئ»(٢)، فلابدَّ أن يعين أحدهما، كالحنطة بالحنطة لا يجوز إذا كانا دينين.

إلا أنا نجوزه؛ لأنَّها لا تقبل التَّعيين، ويجعل التَّعيين في المجلس بالقبض معتبرًا بابتدائه لما ذكرنا، ويجعل المقبوض في حكمِ عينِ الواجب لضرورة أن الاستبدال[٣] به لا يجوز، ولولاه لما شرط قبض البدل الذي ليس بعين في المجلس؛ لأنَّه يكون عينًا بدين، كشراء العبد بدراهم لا يجب التقابض ولما يجب، علم أنه إنَّما وجب لأنَّها لا تتعيَّن، علىٰ ما بيَّنَّا فيما مضىٰ، فلم يصحّ الافتراق عن دين بدين؛ فشرط قبض أحدهما ليتعيَّن[٤]، وشرط قبض الآخر للمساواة.

ولا يلزم علىٰ هذا بيع الفلس بالفلسين بأعيانها، فإنها تتعيَّن بالتَّعيين [عند أبي حنيفة وأبي يوسف،][٥] ـ وهي أثمان ـ؛ لأنَّها أثمان اصطلاح.

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

(٢) تقدم تخريجه.

[٣] «أ» (الاستدلال)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٤] «أ» (لتعين).

[٥] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

ألا ترىٰ أنها تكسد وهي علىٰ هذه الصفة ، فيكون إقدامهما علىٰ العقد قصدًا للجواز ، ولا جواز إلَّا أن تكون سلعةً ليسقط الرِّبا في أن الاصطلاح منهما في حقِّهما ، فصارت كاسدة في حقِّهما سلعة[١].

بخلاف الدَّراهم في مثلها ، فإنها وإن صارت سلعةً نُقرة لم يجز بيع واحد باثنين ؛ ولأن الدَّراهم أثمان صيغة[٢] لا يوجد غير أثمان بالكساد ، بل تعز وترخص وتكون أثمانًا في كلِّ حال ، فبالاصطلاح علىٰ أن لا تكون [أثمانا][٣] لا تصير غير أثمان ، لما كانت أثمانًا بالضَّرب ، لا بالاصطلاح .

ولا يلزم علىٰ شيء من هذه الكلمات ما قالوا فيمن اشترىٰ شيئًا بدراهم مغصوبة وأشار إليها ، فربح ، فإن الرِّبح لا يطيب له ، ولو لم يشر إليها لطاب له الرِّبح ، ولو كانت لا تتعيَّن لما خبث الرِّبح ؛ لأنَّه ـ وإن أشار إلىٰ الدَّراهم المقصودة ـ فالعقد[٤] لا يتعلّق بها حتَّىٰ يجوز ، ويلزمه بدراهم غيرها ، ولكن الرِّبح مستفاد من جواز التَّصرُّف ، والجواز متعلّق بتلك الإشارة ؛ لأنَّها معتبرة لبيان النقد والقدر[٥] ، وبهما يجوز العقد ، وإن لم تكن معتبرة للتَّعيين .

فلما تعلّق الجواز وحصول الرِّبح بتلك الإشارة ، وهي معصية لحصولها إلىٰ مال الغير وقصده التَّصرُّف بها= تمكن الخبث في الرِّبح المستفاد به لما

---

[١] «ص» (وهي علىٰ هذه الصيغة فتكون سلعا ، وهما لما قصدا الجواز علىٰ ما عقدا ، فلا جواز إلا أن يكون المحل سلعة ليسقط الربا بتعيينها ، وهي سلعة زال الاصطلاح منها في حقهما سلعة...).

[٢] كذا في «أ» ، ولم تضبط الكلمة بالنقط في «ص» و«ن» ، والأقرب أنها: صنعة ، بدليل قوله في آخر الفقرة: «لما كانت أثمانا بالضرب لا بالاصطلاح». والله أعلم.

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» ، والمثبت من «ن» و«ص».

[٤] «أ» «ن» (بالعقد) ، والمثبت من «ص».

[٥] «أ» «ن» (والضرب) ، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

صارت الإشارة حرامًا[١] شرعًا.

وتبين بما قلنا أن الأموال في الأصل ما تقوم به مصالح النَّاس مما في الدنيا، وأنها نوعان: أثمان ومثمنات؛ أي قيم[٢] ومتقومات.

والأثمان: ما يكون سببًا للوصول إلى الأموال التي تتعلّق بها مصالحنا، ولا تكون[٣] بأنفسها ـ لولا السَّببية ـ أموالًا، لعدم قوام المصالح بأعيانها.

والمثمنات: ما تتعلّق المصالح بأعيانها.

وكذلك القيم: عبارة عن معاني الأموال.

والمتقوم[٤]: عبارة عن العين المتضمن للمعنى.

والمصالح إنَّما ترتفع بالأعيان انتفاعًا بها أو أكلًا وشربًا، لا بالمعنى الذي نسميه قيمة، وهو الذي يتفاوت بالغلاء والرُّخص.

ثم أصل الأثمان الذَّهب والفضَّة؛ لأنَّه لا يرتفع بهما[٥] [شيء][٦] من مصالحنا التي يقع[٧] بها البقاء، لا للنفس[٨] ولا للجنس[٩]، فعُلم أنهما مخلوقان

[١] «ص» (بقصده المعاوضة بمال الغير وإن أريد عليه قصده شرعا كما أن بائع البحر عاص وإن كان لا يصح).

[٢] «أ» «ن» (قيمة)، والمثبت من «ص».

[٣] «أ» (ولأن يكون).

[٤] «أ» «ن» (والمقوم)، والمثبت من «ص».

[٥] «أ» (بها).

[٦] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٧] «ص» وحاشية «أ» (يتعلق).

[٨] «ص» (لا لنفس عين).

[٩] «أ» (ولا للحبس). ولم تضبط الكلمة بالنقط في «ن»، والمثبت من «ص».

للمعاوضة بهما، ليكونا أسبابًا لإخلاف[١] الأموال، وبسبب أنهما سببا كلِّ مالٍ سمِّيا بالثَّمن[٢]، وكانا من أعزِّ الأموال، وتعلّقت الزكاة بعينهما؛ لأنَّهما للتجارة، بهما خُلقت كذلك[٣]، ولم يسقط هذا الحكم باتخاذ الحليِّ في حَقِّ الزكاة - وإن طلب من عينه منفعة -؛ لأنَّه تبعُ منفعةٍ لا يتعلّق به القوام، ومنفعة الاستبدال[٤] بها مما يتعلّق به القوام، فلا يسقط الأصل بالبيع[٥].

وإذا اشترى بهما - قبْل الضربِ دراهمَ - صلُحت ثمنًا لاعتبار المعنى، وإذا عيِّنت تعيَّنت لاعتبار[٦] منفعة العين من حيث التَّحلِّي بهما[٧]؛ لأنَّه معنًى مطلوب من عينه، دون معناه، وليس في اعتباره منافاة الأول، فإن أموال التّجارة كلها للبيع والشِّراء، وهي أعيان.

فأما إذا ضُربت دراهمَ فلم يبق لعينها عبرة؛ لأنَّها بعد الضرب لا تستعمل إلَّا للتجارة بها، فصار حكمُ المعاوضة فيهما إيجابُهما دينًا في الذمَّة من نقد معلوم لا عبرة للعين فيه؛ لأنَّه طلب منها بالمعاوضة المعنى الذي لأجله صارت مالًا، فتعلّق الحكم بالمعنى لما طلب المال[٨] والماليَّة في المعنى، فسقط اعتبار العين؛ لأنَّه غيرُ مالٍ عند تعلّق الحكم بالمعنى، على ما بينا.

---

[١] «أ» «ن» (لاختلاف)، والمثبت من «ص».

[٢] «ص» وحاشية «أ» (مالين).

[٣] «أ» «ن» (ولما خلقت)، والمثبت من «ص»، وحاشية «أ».

[٤] «أ» (الاستدلال)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٥] «أ» «ن» (الأصل بالبيع)، «ص» (الأصلي بالبيع). والأقرب أنها: بالتبع.

[٦] في حاشية «أ» (لانتفاع).

[٧] «ن» (بها).

[٨] في حاشية «أ» (لما تعلق بالمالية).

وإذا استعمل في الشَّرعيات[١] سقط اعتبار معناه بهذا العقد ؛ لأنَّه لم يطلب منه غيره ، فعلِّق الحكم بالعين لقيامه مقام المعنىٰ[٢] بحكم السَّببية . بخلاف باب الزكاة ، فإن المعنىٰ لم يسقط بالاستبدال[٣] في حلي ؛ لأنَّه حال الابتداء صالح للاستبدال بها والصناعة[٤] لم تُسقط اعتبار حكمِ جوازِ الاستبدال ؛ بل عارضة[٥] ، وتلك الجهة أقوىٰ علىٰ ما بينا ؛ فلم يسقط اعتبارها .

فأما الشَّرع فقد أسقط منه حكم الاستبدال[٦] بواحدة ؛ فإنه لا يثبت بالشرع[٧] ولا يتصوَّر ثبوته ، فبقيت العبرة للعين .

وأما المثمنات التي هي متقومات[٨] بالأثمان ، ولا تكون قيمة لأنفسها ، ولا غيرها ، فمثمنات محضة ، ما لها حكم السَّببية لجلب الأموال خلقة ، بل خلقت لإقامة المصالح بأعيانها ، فكانت أموالًا بأعيانها مبتذلة[٩] ، فلم تجب الزكاة فيها حتَّىٰ نجعلها للنماء بسببه ، فإنها صالحة لذلك شرعًا ، ولما صلحت وأعدت للتجارة بها وجبت الزكاة ، وسقط حكم الابتذال ؛ لأنَّ القوام كما يتعلّق بابتذال العين كذلك يتعلّق[١٠] بالاستبدال بشراء ما يحتاج إليه بما لا يحتاج إليه ،

---

[١] «ص» (التبرعات) .

[٢] «أ» «ن» (العين) ، والمثبت من «ص» .

[٣] «أ» «ن» (بالابتذال) ، والمثبت من «ص» .

[٤] «ص» (فإن المعنىٰ لم يسقط بالاستبدال بها في الصناعة) .

[٥] «ن» (عارضه) .

[٦] «أ» (الاستدلال) ، والمثبت من «ن» و«ص» .

[٧] «أ» «ن» (بالتبرع) ، والمثبت من «ص» .

[٨] «أ» (مقومات) ، والمثبت من «ن» و«ص» .

[٩] «أ» (متبدلة) ، ولم تضبط الكلمة بالنقط في «ن» ، والمثبت من «ص» .

[١٠] «ن» (متعلق) .

واكتساب زيادة لوقت الحاجة ، بل أكثر ؛ لأنَّ العين يغني[١] بالابتذال ، فلا تقوم به إلَّا مصلحة مؤقتة ، وإذا اتَّجر بها تعلّق بها[٢] مصلحة دائمة .

وإذا كانت هذه الجهة أقوىٰ سقط الأول[٣] بها ، وكان حكم المعاوضة فيها إيجاب الملك في أعيانها ؛ لأنَّ الأصل فيها أنها أموال بأعيانها ، والمعنىٰ من حيث السَّببية عارض ، وبأن جعلت أسبابًا وأعدَّت للتجارة لم تخرج عن تعلّق المصالح بأعيانها ، فلم يسقط اعتبار العينيَّة بها[٤] ، فصار موجب حكم العقد فيه إيجاب الملك في عينه ، وصار غيره منقولًا عنه لعذر .

وأما المكيلات والموزونات والعدديَّات المتقاربة فهي قيم أنفسها عند الاستهلاك ، ومتقومة بغيرها ، وهي[٥] الدَّراهم في الأسواق والمبايعات ، وليست بقيم لغيرها ، فكانت أثمانًا من وجه مثمنات من وجه[٦] .

وكذلك الثِّياب حال الثبوت[٧] أوصافًا لا أعيانًا[٨] ، فكانت هذه الجملة من أجناس المثمنات في أن لا تجب الزكاة فيها إلَّا بالتّجارة بها ؛ لأنَّها في أصل الخلقة للانتفاع بأعيانها أكلًا وشربًا ، لا للتجارة بها ، فلم تكن من الأموال النَّامية خِلقة .

---

[١] «أ» (بعين) ، ولم تضبط الكلمة بالنقط في «ن» و«ص» ، والمثبت من حاشية «أ» .

[٢] «ن» (به) .

[٣] «ص» (الجملة أقوىٰ سقطت الأولىٰ) .

[٤] «أ» (به) .

[٥] «أ» «ن» (وهو) ، والمثبت من «ص» .

[٦] «ص» (من آخر) .

[٧] زاد في حاشية «أ» (في الذمة) .

[٨] «ص» (بأوصافها لا بأعيانها) .

وكذلك في باب البيوع هي مثمنات، وهذه الصفة أصلية، ولكن إذا ثبتت ثبوت الأثمان ثبتت وانقلبت أثمانًا؛ لأنَّ فيها معنى الثَّمن من وجه على ما ذكرنا، كما إذا أعدت للتجارة بها صارت من أموال الزكاة لاحتمالها ذلك.

فصارت المثمنات نوعين في باب حكم البيع:

ما لا تثبت أثمانًا بحال، بل تكون مبيعةً في كلِّ حال، ولا تثبت دينًا إلَّا سلَمًا رخصةً، ولكن على حكم المبيع فيما وراء العينيَّة[١]، وهي الأموال المتفاوتة قيمتها[٢] قوبلت بأنفسها، أو غيرها.

وما يثبت ثمنًا إذا قام دليله، لكونها ثمنًا من وجه، وهي الأموال المتساوية قيمتها إذا قوبلت بأنفسها[٣].

وفي باب الزكاة: المثمنات كلها بحيث لا تجب فيها الزكاة، فإذا قام دليلها وجبت، فلم تكن قسمين.

وكذلك الأثمان في حكم البيع نوعان:

ما لا يثبت مبيعًا عينًا بحال، وهي المضروبة دراهم ودنانير، فإنها بعد الضرب لا تصلح إلَّا للتجارة بها، ولا يقوم بعينها مصلحة بوجه، وكانت أمثالًا لأنفسها، ولأغيارها، فكانت قيمًا محضة.

ولم يُستثن في هذا الباب حالُ الرخصة كما استثني في المبيع؛ لأنَّه لا

[١] في حاشية «أ» (الدينية).

[٢] «ص» (متفاوتة قيمها).

[٣] «ن» (بنفسها). في «ص» وحاشية «أ» (من حيث التساوي أمثالا إذا قوبلت).

ضرورة بنا إلىٰ جعلها مبيعة.

وما يثبت مبيعًا إذا قام دليله، وإن كان[١] ثمنًا في أصله، وهو قبل الضرب؛ لأنَّه الآن صالح للانتفاع بعينه علىٰ ما مرَّ.

وكذلك قد يقوم به الأعيان، وقد لا[٢]، كما في بعض البلدان.

وأما في حَقِّ الزكاة فالنوعان نوع واحد، لا تسقط الزكاة بجعلها بذلة، وإن صلحت له.

فالأنواع أربعة في حكم المعاوضة، وفي حَقِّ الزكاة نوعان[٣]، والله أعلم.

[١٠٣٤] مسألةٌ: إذا تصارفا ثمَّ جعل[٤] بدل الصَّرف قصاصًا بدين وجب له علىٰ الآخر قبل العقد= صح[٥] استحسانًا.

والقياس: أن لا يجوز؛ لأنَّ فيه استبدالًا ببدل الصَّرف قبل القبض= فلم يجز، كما لو جعلاه قصاصًا بدين وجب له بعد العقد حكمًا، وكما [أنه][٦] لا يصير قصاصًا بلا مقاصَّة، وجنس الدَّينين متىٰ اتفقا التقيا قصاصًا بلا مقاصَّة، فلما لم يصر ههنا، علم أن العقد مانع لما فيه من الاستبدال، وأنَّه قائم مقام المقاصَّة.

---

[١] «أ» و«ن» (كانت)، والمثبت من «ص».
[٢] «ص» (وكذلك قد تقوم بها الأعيان وقد لا تقوم في بعض الأوقات).
[٣] «ص» (هما نوعان).
[٤] في حاشية «أ» (جعلا).
[٥] «ص» (جاز).
[٦] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

إلا أنا نقول: بالمقاصَّة يصير كأنهما فسخا العقد بالبدل المطلق، وعلَّقاه بالدَّين، وتصارفا [عن][1] الدَّين الذي عليه بدينار، وهذا جائز.

وإنَّما قلنا: يصير هكذا؛ لأنَّ المقاصَّة تقتضي أن يكون المحلُّ الذي يقابله غير واجب بعقد الصَّرف، فإنه متىٰ كان واجبًا به لم يحتمل الاستبدال، فيثبت هذا المقتضىٰ ـ وهو محلّ العقد ـ بعقدهما ضرورة عقد عقدا[2]، ولا جواز إلَّا به.

كما في قوله: «أعتق عبدك عني بألف»، فقال: «أعتقت» = ثبت الشِّراء أوَّلًا، ثمَّ العتق، علىٰ ما بيَّنَّا في موضعه، فيصير بناءً علىٰ تلك المسألة.

وكذلك الزِّيادة في الثَّمن من هذه الجملة.

فأما إذا جعلاه قصاصًا بدين وجب بعد[3] العقد حكمًا، فقد ذكر في بعض الرِّوايات: أنَّه يجوز.

ووجه عامَّة الرِّوايات: أن الفسخ يثبت مقتضًىٰ فلا يثبت عامًّا، ولكن بقدر الضَّرورة، وهو الانفساخ في حَقّ تعلّق الصَّرف بالبدل المطلق، وتعلّقه بالدَّين المضاف إليه، كأنَّ ذلك العقد الأوَّل أضيف إلىٰ هذا البدل الثَّاني كما في زيادة الثَّمن، لا أن يُجعل[4] عقدًا جديدًا للحال.

وإذا كان كذلك لم يجز، كما لو باعه الدِّينار بدين يجب علىٰ مشتري

---

[1] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[2] «ص» وحاشية «أ» (ضرورة عقدهما).

[3] «ص» (بعقد).

[4] «ص» (إلا أن يجعل).

الدِّينار، فلا يجوز.

وهذا بخلاف السَّلم، فإنهما لو جعلا رأس المال قصاصًا بدين قبل العقد لم يجز؛ لأنَّهما لو أسلما الدَّين في كُرِّ حنطة ابتداءً لم يجز؛ لأنَّه يكون دينًا بدين.

وفي الصَّرف يجوز لقبض البدل الآخر في المجلس، فيكون دينًا بعين. والله أعلم.

[١٠٣٥] مسألةٌ: الشِّراء بالدَّين مِن غير مَن عليه الدَّين لا يجوز عند علمائنا الثلاثة.

وقال زفر: يجوز؛ لأنَّه دراهم غير عين؛ فلا يتعيَّن - بالإجماع - مستحقًا بالعقد، فيجوز العقد، كما لو لم يشر إليه. وجرت الإشارة مجرىٰ بيان النقد[١]، كما قلتم أنتم[٢] في الإشارة إلىٰ دراهم عين[٣]: إنها لبيان النقد.

والدَّليل عليه: أنَّه إذا اشترىٰ بالدَّين شيئًا ممَّن عليه[٤]، ثمَّ تصادقا أن لا دين صحّ الشِّراء بمثله، ولو تعلّق بعينه لبطل لعدمه، كما في الصُّلح، وكما لو أشير إلىٰ عين، ثمَّ لم يوجد.

وكذلك لو حلف لَيقضينَّ[٥] فلانًا ما عليه دراهم، فباعه ثوبًا بها= برَّ في

[١] «ص» (العقد).

[٢] في حاشية «أ» (إليه).

[٣] «ص» (غير).

[٤] في حاشية «أ» (الدين).

[٥] «أ» و«ن» (ليقضي)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

يمينه ، كأنَّه قضىٰ له الدَّراهم ، ثمَّ باعه [بها][1] ثوبًا ؛ لأنَّ الشِّراء لا يتعلّق بعينه ، بل بمثله ، ثمَّ يبرأ بحكم المقاصَّة ، كما في نفس الإيفاء دراهم[2] يبرأ بالمقاصَّة.

وبمثله لو صالح عنها علىٰ ثوب حنث في يمينه ؛ لأنَّه يتعلّق بعينه ، فلم يصر موفيًا ما عليه دراهم ، بل أوفاه بدله ، وهو الثَّوب.

إلا أنا نقول: إن هذا الشِّراء بمنزلة شراء ثوب بدراهم ، علىٰ أن يكون تسليم[3] الثَّمن[4] علىٰ المديون ، فيبطله ؛ لأنَّه شرط فاسد معتبر ؛ لأنَّ البيع يقتضي التَّسليم علىٰ المشتري ، فإذا شرط علىٰ غيره كان فاسدًا ؛ لأنَّه خلاف حكم العقد ، وهو معتبر ؛ لأنَّه ينتفع به ، فبطل[5] ، كما إذا اشترىٰ بشرط أن يكون تسليم المبيع علىٰ رجل ثالث.

وإنَّما قلنا: يصير هكذا ؛ لأنَّه أضاف الشِّراء إلىٰ الدَّين ، والإضافة توجب التعليق به وجوبًا: لأصل الملك ، وتسليمًا ، وقد بطل التَّعيين في حَقّ وجوب أصل الملك[6] ؛ لأنَّه لا يقبله ، فبقي في حكم التَّسليم ؛ لأنَّه مما يقبله.

وإذا تعلّق حكم التَّسليم به وجب علىٰ من عليه ؛ لأنَّ تسليم ما عليه لا يتصوَّر إلَّا منه[7] بنفسه ، أو بنائبه ، حتَّىٰ إذا تبرَّع عنه متبرِّع بالأداء لم يصر قاضيًا ،

---

[1] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من «ص».
[2] «ص» (الدراهم).
[3] «أ» (تسلم) ، والمثبت من «ن» و«ص».
[4] «ص» (الثوب). وليس ببعيد. والله أعلم.
[5] «ص» (لأنه منتفع به فيكون فاسدا).
[6] «ص» وحاشية «أ» (الشراء).
[7] «ص» (ممن عليه).

ولا مؤدِّيًا، بل يبرأ عنه بلا أداء، كأنَّه أبرأه[١] عنه، حتَّىٰ لو حلف[٢] ليقضين اليوم، فقضىٰ غيره بغير أمره، ومضىٰ اليوم= حنث في يمينه.

أو يقال: لما تعلّق التَّسليم بذلك الدَّين، والشَّارط عن تسليمه عاجزٌ= لم يصحّ الشَّرط، فكان فاسدًا من هذا الوجه.

[١٠٣٦] **مسألةٌ:** المتصارفان إذا تفرَّقا عن قبض مستحقٍّ، ثمَّ وردت الإجازة= لم يبطل عندنا، خلافًا لزفر.

والمسألة مرَّت في كتاب الغصب[٣] في مسألة المشتري من الغاصب إذا أعتق[٤].

[١٠٣٧] **مسألةٌ:** إذا اشترىٰ فلوسًا غير مشار إليها بدراهم عين صحَّ.

وقال زفر: لا يصح.

لأنَّ الدَّراهم ثمن صنعة[٥]، والفلوس أثمانُ اصطلاحٍ، وليس بأثمان صنعة[٦]، فإذا قوبل أحدهما بالآخر، والعقد يشتمل علىٰ ثمن ومثمن في

[١] «ن» (أبرأ).
[٢] «ص» (لو كان حلف).
[٣] «ص» وحاشية «أ» (كتاب البيوع).
[٤] «ص» وحاشية «أ» (ثم أجاز المغصوب منه الشراء).
[٥] «أ» (صيعة)، ولم تضبط الكلمة في هذا الموضع والذي بعده بالنقط في «ن» و«ص». والأقرب المثبت، ويدل عليه قوله ـ بعد أسطر ـ: «وإنما يختلفان في علة الثمينة: الفلوس بالاصطلاح، والدراهم بالضرب». والله أعلم.
[٦] «أ» (ضيعة).

الأصل= كانت الفلوس أولىٰ بأنَّ تجعل مثمنة، فلم تثبت ثمنًا مطلقًا، كالمكيل إذا قوبل بالدَّراهم.

إلا أنا نقول: الفلوس أثمان كالدَّراهم في بياعات النَّاس؛ إلَّا أنها أخصُّ[١]، كالدَّراهم من الدنانير.

وإنَّما يختلفان في علَّة الثمنية: الفلوس بالاصطلاح، والدَّراهم [بالضرب][٢]، فأمَّا بعد قيام العلَّة فحكم الثمنية ثابت فيهما علىٰ السواء، فصحّ الثبوت في الذمَّة علىٰ حكم الأثمان بخلاف المكيلات؛ لأنَّها ليست بأثمان مطلقة، بل من وجهٍ في حَقّ أنفسها دون غيرها. والله أعلم.

[١٠٣٨] **مسألةٌ:** إذا اشترىٰ شيئًا بفلوس في الذمَّة، فكسدت [الفلوس][٣] قبل القبض= بطل الشِّراء عندنا.

وقال زفر: لا يبطل.

لأنَّه ليس تحت[٤] الكساد إلَّا العجز عن تسليمها[٥]، والعقد لا يبطل بالعجز عن التَّسليم مع قيام البدل بنفسه[٦].

[١] «أ» «ن» (أحسن)، والمثبت من «ص».

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من حاشيتها، و«ص».

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» «ن»، والمثبت من «ص».

[٤] «أ» و«ن» (تجب)، والمثبت من «ص».

[٥] «أ» (تسليمه).

[٦] «ص» (عن تسليم البدل بنفسه).

كما لو أبق العبد.

وكما لو أسلم في الرُّطب، فانقطع أوانه.

وكالمشتري إذا مات مفلسًا، أو أفلس حال حياته.

ولأن الكساد صفة عارضة غيَّرت صفة البدل، وهو تعرض الزوال بالرَّواج= فلا يوجب بطلان العقد، كمن اشترىٰ عصيرًا فتخمر قبل القبض، بل أولىٰ[١]؛ لأنَّه بالتخمر تسقط ماليَّة العين منه وقيمته أصلًا، وبالكساد لا تسقط.

إلا أنا نقول: بأنَّ هلاك المثمن قبل القبض يبطل العقد، فكذلك هلاك الثَّمن، لأنَّ العقد عقد معاوضة لا ينعقد إلَّا ملكًا بملك علىٰ سبيل المساواة وقوعًا، وكذلك بقاءً؛ لأنَّ حكم العقد باق[٢] ما لم يقبض البدلان، وإنَّما ينتهي بالقبض، وقياسًا علىٰ المثمن[٣].

ولا إشكال فيه، وإنَّما الإشكال في بيان الهلاك، فإنه ذكر أنَّه خلل وقع في التَّسليم.

والدَّليل عليه: أن المملوك بالعقد ماليَّة الثَّمن، وإنه يخالف ماليَّة المثمن علىٰ ما ذكرنا: أن الثَّمن بمعنىٰ قيم الأشياء، ومعانيها، والمثمن: عبارة عن الأعيان، أو المثمن: ما كان مالًا بمنافع[٤] تحصل من عينه. والثَّمن: ما يصلح[٥] للتوصل إلىٰ غيره مما ينتفع به علىٰ ما مرَّ.

---

[١] في حاشية «أ» (منه).

[٢] «ص» (فكذلك نفاذ حكم العقد).

[٣] في حاشية «أ» (وللمثمن). «ص» (وقياسا للثمن علىٰ المثمن).

[٤] «ص» (لمنافع).

[٥] «ص» (ما يحصل).

وماليَّة الثَّمن في الفلوس كانت بالرَّواج ، فإذا كسدت ذهبت العلَّة فهلكت الماليَّة .

كماليَّة العبد لما كانت بحياته ، فإذا ذهبت الحياة ذهبت الماليَّة ، بخلاف إباق العبد ؛ لأنَّه مال مملوك حيث هو ، وإنَّما بعُد عن يد البائع[١] ، فعجز عن تسليمه .

وكذلك الإفلاس ؛ لأنَّ ماليَّة المسمَّىٰ في الذمَّة لا تثبت بإصابة المشتري ذلك العين ، بل بقيام[٢] هذا الوصف المسمَّىٰ .

ألا ترىٰ أنَّه بذلك الوصف يصير مالًا أينما يكون ، وإن لم يقع في يده ، وإنَّما قدرته علىٰ عينه شرط التَّسليم ؛ لأنَّ الدَّين لا يمكن تسليمه من غير أن تصل إليه اليد[٣] .

وكذلك انقطاع أوان الرطب ؛ لأنَّ الأوان سبب الوصول إلىٰ العين لا غير ، والعين للقدرة علىٰ التَّسليم .

فأما قيام صفة الثَّمنية للفلوس فليس بسببٍ للوصول إلىٰ عين الفلوس ؛ فإنه يصل إليها بعد الكساد ، والثَّمنية فائتة ، ولا يصل إليها إذا عزت وفقدت أعيانها ، والثَّمنية لها باقية .

وبخلاف من اشترىٰ عصيرًا فتخمَّر ؛ لأنَّ العصير عين مشار إليه ، وبالتخمر تبدَّل وصفه لا عينه ، وهذا التبدل لا يبطل ملكه للعين[٤] .

---

[١] «ص» (المالك) .

[٢] «أ» (قيام) ، «ص» (لقيام) ، والمثبت من «ن» .

[٣] «ص» (إلا من عين يصل إليه) .

[٤] «ص» (في العين) .

وإذا كان العين المشار إليه باقيًا، وملكه فيه باق، ولكنه عجز عن تسليمه؛ لأنَّ الشَّرع منعه عن ذلك= لم يبطل العقد بنفس العجز، كالعبد يأبق.

وقيل: بأنه متىٰ ارتفع بالتخلُّل كان له التَّسليم، غير أن المشتري يخيَّر لتغيُّر[١] الوصف.

فأما البدل في مسألتنا هذه [فموصوف في الذمَّة بالثَّمنية، فقام الوصف مقام العين في مسألتنا هذه][٢]، وصار هلاك هذا الوصف ـ والعقد متعلِّق به ـ بمنزلة هلاك العين.

❊ فإن قيل: وفي العين يتعلَّق صحَّة العقد بصحَّة[٣] التقوُّم، لأنَّ العقد لا يرد[٤] علىٰ غير متقوِّم.

❊ قلنا: إن الخمر عندنا لا تسقط ماليتها وقيمتها[٥] من كلِّ وجه.

ألا ترىٰ أنَّه إذا اشترىٰ عبدًا بخمر، وقبض، ملك، ولو اشترىٰ بميتة[٦]، وقبض، لم يملك؛ لأنَّ الخمر مال متقوم في أصله، إلَّا أن الشَّرع حجر علينا إظهارها[٧] بالتَّصرُّف أو الاستبدال[٨]، وألحقها بما ليس بمال متقوم بنفسه، وذلك في ابتداء التَّصرُّف ليس في البقاء؛ إذ ليس في البقاء تصرُّفٌ، فلذلك ظهر

---

[١] «أ» (بتغير).

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٣] «ص» (بصفة).

[٤] «أ» و«ن» (فإنه لا يرد العقد)، والمثبت من «ص».

[٥] «أ» (لا يسقط ماليته وقيمته).

[٦] «ن» (ثمنه).

[٧] «أ» «ن» (علينا عن إظهارها)، والمثبت من «ص».

[٨] «أ» (الاستدلال).

حكم الماليَّة والقيمة في حقِّه، كما ظهر في البيع الفاسد لَمَّا لم يجب فيه استحقاق المسمَّىٰ بالتَّصرُّف.

ولهذا ظهرت قيمته في حَقّ الكفار؛ لأنَّه لا حجر عليهم، والله أعلم.

|١٠٣٩| مسألةٌ: إذا استقرض فلوسًا، فكسدت، ضمن مثلها عددًا ـ إن بقيت عدديَّة ـ بعد الكساد، عند أبي حنيفة.

وكذلك لو كان المقبوض قائمًا ردَّه، ويبرأ.

وكذلك إذا غصب فلوسًا، فاستهلكها، ثمَّ كسدت، ضمن مثلها عددًا ـ إن بقيت عدديَّة ـ، وبرئ عن الضَّمان.

وقال صاحباه: يضمن قيمتها من الذَّهب أو الفضَّة.

لأنَّ الواجب عليه بالاستقراض، أو الاستهلاك والغصب[١] مثلُ ما قبض في الذمَّة.

ومثله فلوس رائجة، هي أثمان، والكساد يجري مجرىٰ الهلاك علىٰ ما مرَّ في المسألة الأولىٰ، فإذا هلك ما في الذمَّة، ووقع العجز عن تسليمه بعد الهلاك، ضمِن المثل من قيمته، كالعين المغصوب إذا هلك، فإنه يضمن قيمته.

ألا ترىٰ أنَّا في المسألة الأولىٰ اعتبرنا هلاك الثَّمن بالكساد بهلاك العين[٢]؛ فكذلك ههنا.

---

[١] «ص» (أو باستهلاك الغصب).

[٢] «ص» (المعنىٰ).

بخلاف من اغتصب فلوسًا فكسدت وهي قائمة ؛ لأنَّ الواجب عليه الآن ردُّ العين ، والعين قائم مالًا ، وإنَّما تغير وصفها[١] ، فلا يسمَّى هلاكًا .

كما لو رخصت ، وكما إذا اشترى فلسًا بفلسين بأعيانهما ، ثمَّ كسدت قبل القبض= فإن العقد لا يبطل .

فأما إذا كانت دينًا في الذمَّة فماليتها لا تعرف بعينها ؛ ولكن بصفتها[٢] ، فجرى هلاك الصفة مجرى هلاك الأصل .

وبخلاف ما إذا رخصت الفلوس ؛ لأنَّ أصل الماليَّة بالثَّمنية باقية ، فهي كالعين إذا بقي ، ورخص ، [فلا يكون][٣] فيه معتبرًا ؛ لأنَّه شيء يقع في قلوب النَّاس .

وبخلاف ما إذا ارتهن[٤] فلوسًا ، وكسدت[٥] ، فإن الدَّين لا يسقط ؛ لأنَّ حكم الرّهن تعلّق بالعين ، كالغصب ، ففي الحال يحبس العين بالدَّين[٦] ، وإذا هلك صار مستوفيًا للدَّين من قيمة هذا العين ، لا عبرة فيه للثمنية وغيرها ، وهذا كله ؛ لأنَّ العين[٧] يعرف بذاته ، والغائب بصفاته .

إلا أنه[٨] يقول: الواجب في الذمَّة عن استهلاكٍ= مثلٌ يقابل المقبوض[٩] ،

---

[١] «أ» «ن» (صفته) ، والمثبت من «ص» .

[٢] «أ» (فماليته لا تعرف بعينه ولكن بصفته) .

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» ، والمثبت من «ن» و«ص» . وفي «ص» (لا يكون به) .

[٤] «ص» (اشترى) .

[٥] «أ» (نكسدت) .

[٦] «أ» (فبقي الحال بحبس الحال بالدين) . «ص» (ففي الحالين ليس العين بالدين) ، والمثبت من «ن» .

[٧] «ص» (وهذا كله لمعنى وهو أن العين) .

[٨] «ص» (أنا) .

[٩] «ص» (عن الاستهلاك مثل يعادل المقبوض) .

فإن الغصب يوجب ردَّ عينه أو مثله عند العجز قائمًا مقام عينه، كأنَّه هو، فيكون في حكمه، إذا تمَّ ضمان ردِّ العين لم يكن متعلّقا بصفة الثَّمنية[١]، وكذلك مثله لا يجب بهذا الوصف.

أرأيت لو استهلكها بعد الكساد، أكان يجب بصفة الثَّمنية؟ ولم يكن عند الاستهلاك هذا الوصف ثابتًا للأصل.

فكذلك في مسألتنا؛ إذ في الحالين يجب الضَّمان بنفس الغصب.

ألا ترىٰ أن الخلاف ثابت فيما إذا هلكت، والهلاك لا يوجب ضمانًا مبتدأً، فعُلم أن الغصب يوجب ضمان العين علىٰ قيام صفة الماليَّة مطلقةً، لا علىٰ[٢] قيام صفة الثَّمنية، فكذلك إذا انتقل إلىٰ المثل.

وكذلك القرض بمنزلته في هذا الحكم؛ لأنَّ القرض بمنزلة الإعارة، علىٰ ما نبيِّن من بعدُ.

وفي العارية يجب ردُّ عين ما استعير علىٰ المعير[٣]، لا موصوفًا بالثَّمنية، كما في الغصب،

إلَّا أن الغاصب[٤] ينتقل إلىٰ المثل، والعارية لا تنتقل، فهو بالقرض صار مستعيرًا، إلَّا أن ملك العين قائمٌ مقام المنفعة في سائر العواري، فشرط[٥] رد

---

[١] «ص» (الثمن).

[٢] «ص» (مطلقة علىٰ).

[٣] «أ» «ن» (ما استعاره علىٰ المستعير)، والمثبت من «ص».

[٤] «أ» «ن» (الغصب)، والمثبت من «ص».

[٥] «أ» (فبشرط)، والمثبت من «ن» و«ص».

العارية بعينها ، فضمن ردَّ مثله قائمًا مقام العين في[١] سائر العواري ، على ما نبين بعد هذا.

وإذا كان كذلك [ضمن][٢] على صفة ما يضمن ردَّ[٣] العين لو بقي بعد الانتفاع به ، وإذا ضمن قائمًا مقام العين ، كأنَّه هو حكمًا ، وصفة الثَّمنية لم يكن مراعًى[٤] في الأصل ، وكذلك في المثل ، كما في الغصب سواء.

ألا ترى أن القرض لا يختص بالأثمان ، بل يتعدَّى إلى كلِّ مكيل ، وموزون ، وعددي متقارب. بخلاف فلوس تثبت ثمنًا[٥] ؛ لأنَّها لا تثبت في الذمَّة كذلك إلَّا ثمنًا ، ومتى جعلت مثمنًا[٦] بطل العقد ، فكذلك ببطلان صفة الثَّمنية[٧].

فأما قوله[٨]: «إن الغائب يعرف بوصفه» ؛ فكذلك ، ولكن بناءً أن نتأمل أنَّه بأي وصف تعلّق الحكم به[٩] ، فيقام ذلك الوصف مقام العين ، لو كان عينًا.

ألا ترى أنَّه لا يتغير بتغير القيمة بالغلاء والرخص ؛ لأنَّ الحكم لم يتعلّق به.

وقد ذكرنا أن الوجوب بالغصب والقرض لم يتعلّق بصفة[١٠] الثَّمنية ، ولكن

---

[١] «ص» (كما في).

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٣] «ن» (ضمن بردِّ).

[٤] «ص» (يراعى).

[٥] في حاشية «أ» (بالشراء). «ص» (ثابت عينا بالشراء).

[٦] «ص» (قيمة).

[٧] «ص» (فكذلك بطل العقد ببطلان صفة الثمنية).

[٨] «ص» (قولهم).

[٩] «ص» (بناء أن نتأمل أي وصف تعلق الحكم له).

[١٠] «ص» (بنقد).

بمماثلة العين صورةً، وتركيبًا، وماليَّة ثمنًا [كان][1] أو لم يكن، فالحكم سواءٌ.

وسبيل هذا سبيل ما قال في الجامع في عاقد صرفٍ أحال ببدلِ الصَّرف علىٰ رجلٍ في المجلس، وقبِل الآخرُ الحوالةَ، ثمَّ أبرأَ [الحويل][2] = برئ من غير قبولٍ، كسائر الديون، وينتقض الصَّرف.

وبمثله لو أبرأ العاقد لم يبرأ إلَّا بقبولٍ، لما فيه من نقض[3] العقد؛ لأنَّ الدَّين علىٰ الحويل إنَّما يثبت بعقد الحوالة، دون الصَّرف.

وعقد الحوالة لا يتعلّق صحتها بدين يقبض في المجلس، فثبت عليه [عين][4] غير موصوف وجوب[5] قبضه في المجلس، حتَّىٰ يمتنع الإبراء، لما فيه من رفعِ حكمِ عقدٍ لازمٍ.

والصَّرف هكذا يوجب[6]، فامتنع الإبراء إلَّا بتراضيهما، والله أعلم.

|١٠٤٠| **مسألةٌ**: إذا اشترىٰ شيئًا بدانق(٧) فلس أو سدس درهم فلس أجزأه عندنا.

وقال زفر: لا يجوز.

---

[١] ما بين [ ] «أ» «ن»، والمثبت من «ص».

[٢] ما بين [ ] «أ» «ن»، والمثبت من «ص».

[٣] «أ» «ن» «ص» (بعض)، والمثبت من حاشية «أ».

[٤] ما بين [ ] «أ» «ن»، والمثبت من «ص».

[٥] «ص» (لوجوب)، «أ» (بوجوب).

[٦] «ص» (يوجبه).

(٧) الدَّانَقُ والدَّانِقُ ـ بفتح النون وكسرها ـ: سُدْسُ الدِرهمِ. انظر: «الصحاح» (٤/١٤٧٧)، و«لسان العرب» (١٠/١٠٥).

لأنَّه لما قال: «سدس درهم» كان تسميةً لقدر من الدِّرهم معلوم، فلما قال: «فلس» فقد شرط أن يعطىٰ مكانه فلسًا[١]، وكذلك الدانق؛ لأنَّه اسم لقدر من الفضَّة[٢]، وهو سدس درهم، لا لقدر من الفلس.

ألا ترىٰ أنَّه لو قال: «بدرهم[٣] فلس» لم يجز، ولا فرق بينهما إلَّا من حيث القلَّة والكثرة.

إلا أنا نقول: إن هذه التَّسمية في العرف تسمية لقدر من الفلوس ابتداءً.

وهو ما يعادل الدانق من الدِّرهم، لأنَّه لا يعادله المسمَّىٰ من حيث السهام[٤] إلَّا علىٰ سبيل الاستعارة من الدَّراهم.

وإذا كان كذلك سقط اعتبار حقيقته؛ وهو الإرادة من الدِّرهم بعينه، ثمَّ انتقل إلىٰ الفلس بالمصارفة، فبطل ما قال زفر، و[صار][٥] كما لو اشترىٰ بعشرة أفلس ابتداءً.

وكذلك الجواب في درهم فلس.

قال محمد: الدِّرهم وما دونه سواء، ولكنه في الدِّرهم أفحش؛ لأنَّ الفلوس في الأصل ما ضربت إلَّا لتقام مقام الفضَّة حال الحاجة إلىٰ الكسور دون

---

[١] في «ص» وحاشية «أ» زيادة (فلا يجوز لأنه صفقة في صفقة كما لو قال بدراهم علىٰ أن أعطي مكانه فلسا).

[٢] «ص» (صنجة الفضة).

[٣] «أ» (درهم).

[٤] «ص» (لأنه لا مقادير للفلوس من نفسها من حيث السهام).

[٥] ما بين [ ] «أ» «ن»، والمثبت من «ص».

الصحاح[١] في الجملة، فمن حيث إنَّه ليس له في الوضع يصير شرطَ مصارفةٍ في صفقة[٢] الشِّراء= فلا يجوز، ولكن من حيث يستعمل[٣] في الجملة لتعريف الفلس به يصير بيانًا لأعداد الفلس= فيجوز، والله أعلم.

|١٠٤١| **مسألةٌ:** قال **علماؤنا الثلاثة:** الأجل في القرض، وبدل الصَّرف، والسَّلم لا يصح[٤]، ويصحّ فيما عدا ذلك من الدُّيون.

وقال زفر: لا يصحّ في قيم المستهلكات[٥] أيضًا.

وقال الشَّافعي: لا يصحّ ضرب الأجل في كلِّ دين حال(٦).

وقال [مالك][٧] ابن أبي ليلىٰ: الأجل يصحّ في القرض أيضًا(٨).

فأما الشَّافعي فإنه يقول: بأنه دين حالٌّ، فلا يتأجل بالشَّرط، قياسًا علىٰ القرض وبدل الصَّرف والسَّلم. وهذا لأنَّ المطالبة تصرُّفٌ مملوكٌ بملك الدَّين،

[١] في «ص» وحاشية «أ» زيادة (إلا أنه قد يقام مقام الصحاح).

[٢] في «ص» (فضة بفلوس في صفة)، وفي حاشية «أ» (فضة بفلس في صفقة).

[٣] في حاشية «أ» (في الصحاح).

[٤] «ص» (وبدل السلم باطل).

[٥] «ص» (المتلفات).

(٦) انظر: «الحاوي الكبير» (٥/٣٥٥)، و«البيان» للعمراني (٥/٤٥٧)، و«العزيز شرح الوجيز» (٤/٤٣١).

[٧] ما بين [ ] «أ» «ن»، والمثبت من «ص».

(٨) لم أجد من نسبه لابن أبي ليلىٰ. وانظر: «الكافي في فقه أهل المدينة» (٢/٧٢٧)، و«المنتقىٰ للباجي» (٥/٩٦)، و«المعونة علىٰ مذهب عالم المدينة» (ص: ١٠٠٠).

فلا يملك إبطاله[١] مع بقاء الملك ؛ لأنَّه علَّة[٢] ، فلا يسقط حكمه .

ألا ترىٰ أنَّه لو أسقط حقوقه بعد القبض في التَّصرُّفات المملوكة بحق الملك والقبض= لم يبطل .

ولأن العقد أوجبه حالًّا فلا يملك تغيير حكمه ، كما في الصرف ؛ لأنَّ التَّأخير بمعنىٰ جعلِ منافعِ ذلك الملك لمن عليه الدَّين حكمًا ، فلا يلزم ، كما لو قبض ، ثمَّ أعاره . بخلاف ما إذا كان شرطًا في البيع ؛ لأنَّه لم يجب له بالبيع إلَّا كذلك .

ولأنه صار شرطًا في عقد لازمٍ ، فصار لازمًا تبعًا له .

ألا ترىٰ أن الوكالة غير لازمة ، ولو رهن شيئًا وسلطه علىٰ البيع أو [سلَّط][٣] عدلًا كان لازمًا .

ولأن المطالبة مما يتجدد [له ملكها][٤] ساعة فساعة ، فلم يصحّ الإبراء عنها قبل وجودها قصدًا ، كالمرأة تبرئ زوجها عن النَّفقة ، فإنه لا يصحّ .

بخلاف ما إذا جعل شرطًا في بيع ؛ لأنَّه للمنع من الثبوت ابتداءً فجاز أن يعمل إذا قارن سبب الوجوب ، كما إذا خالع امرأته بعد الدخول بها علىٰ أن لا نفقة لها ، فإنه يصحّ علىٰ أصلكم ، ولو خالعها بغير شرط ، ثمَّ أبرأت لم يصحَّ .

وأما عامة العلماء فإنهم ذهبوا إلىٰ[٥] أن التأجيل يصرف في المطالبة من

---

[١] «ص» (يملك الدين فلا يملك الطالب إبطاله) .

[٢] «ص» (عليه) .

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» «ن» ، والمثبت من «ص» .

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» «ن» ، والمثبت من «ص» ، وحاشية «أ» .

[٥] «ص» (ولعامة العلماء) .

حيث الإسقاط في مدَّة، كالإعارة شهرًا تمليك للمنفعة في مدة[١]، والوقت في الحالين لبيان قدر ما سقط من المطالبة، وقدر ما دخل تحت الإعارة من المنفعة، وذلك مملوك له[٢]، كأصل الدَّين، وكالتَّصرُّف بعد القبض، على ما قاله الخصم.

وهذه المطالبة قابلة للسُّقوط، فإنها تسقط بشرط يقارن العقد، وبترك المطالبة من غير شرط[٣]، وكلُّ محلّ كان قابلًا لنوعٍ تصرُّف شرعًا صحّ فيه ذلك التَّصرُّف من المالك بحال، فإنه متى لم يصحّ مع ارتفاع وجوه الحجر عن حال المالك عُلم أنَّه لمنافاة المحلِّ، كبيع الميتة والدم، ولَمَّا ثبت أن المحلَّ غير مناف، لم يكن بدٌّ من النفاذ من المالك بحال؛ لأنَّ الملك علَّة الإطلاق.

والدَّليل على أن المحلَّ قابل لتأخير المطالبة[٤]: أنَّه لو لم يطالبه به، ولم يقبض حتَّى مضى الوقت[٥] لم يتغيَّر حكم ذلك المحلِّ، وقد تأخَّر حينًا[٦]، وكان في الشَّرع ذلك منه حسنًا جميلًا، فكذلك بالشَّرط لا يوجب إلَّا ذلك التأخر بعينه[٧]، فكان الشَّرط جائزًا.

وإذا ثبت أنَّه شرط جائز، وهو إسقاط، لا تمليك= لزم بنفسه، ولم يملك

---

[١] «ص» (المدة).

[٢] «أ» «ن» (الحالين له أن ما سقط من المطالبة، وما دخل تحت العارية من المنفعة والمطالبة ملك له)، والمثبت من «ص». وفي حاشية «أ» (الحالين لبيان قدر ما سقط من المطالبة، وقدر ما دخل تحت العارية من المنفعة والمطالبة ملك له).

[٣] «ص» زيادة (فقبل السقوط بالإسقاط لأن كل محلٍّ)، وفي حاشية «أ» (فلما قبل السقوط قبل الإسقاط من المالك بحال فإن).

[٤] «ص» وحاشية «أ» (المطالبة به).

[٥] «ص» (الدهر).

[٦] «أ» «ن» (تأجل حسًّا)، والمثبت من «ص».

[٧] «ص» (وكذلك الشرط لأن الشرط يوجب ذلك التأخر بعينه).

بنفسه الرجوع عنه، كالإبراء.

بخلاف التَّمليكات، فإنها قد تصحُّ، ولا تلزم إلَّا بشرط[١].

فأما الإسقاطات كلها فمتى صحَّت لزمت بنفسها، ولم يملك المسقط الرجوع عنها بنفسه، ولا الآخر[٢]، إلَّا أن يكون فيه معنى التَّمليك من وجه، فيملك الآخر ردَّه لشبهة الملك[٣]، كالإبراء عن الدَّين على ما عرف، فأمَّا من حيث الإسقاط فلا يصح.

والتأجيل إسقاط للمطالبة محضة في هذه المدَّة، فيلزم بنفسه.

وكذلك إبراء المشتري البائع من عيب السِّلعة يتمُّ بنفسه، وإن كان إسقاطًا لحقِّه في وصف السِّلعة، لا عن أصله.

ولا يلزم الإبراء عن بدل الصَّرف أو السَّلم؛ لأنَّه لا يحتمل السُّقوط.

ألا ترى أنهما لو تراضيا عليه انفسخ[٤] العقد، ولم يسقط البدل بالإبراء؛ وهذا لأنَّ صحَّة العقد متعلّقة بالقبض في المجلس، والعقد يوجبه، فلا يملكان تغيير موجبه، وهو عقد لازم.

ألا ترى أنهما لو تركا القبض بغير شرط حتَّى تفرَّقا بطل العقد.

فأما الشَّرط[٥] الحالُّ فلا تتعلّق صحته بقبض [الثمن][٦]، فإنه لو أبرأه عن

[١] «ص» (بشروطه).
[٢] «ص» (ولا الإجزاء).
[٣] «ص» (فشبه التمليك).
[٤] «ص» (لا يفسخ).
[٥] «ص» وحاشية «أ» (الشراء).
[٦] ما بين [ ] «أ» «ن»، والمثبت من «ص».

أصل الدَّين[١] صحَّ.

وكذلك لو لم يقبض حتَّىٰ مات مفلسًا، وفات القبض= لم يبطل العقد[٢]، بل وجبت المطالبة حالَّة؛ لأنَّ العقد أوجب الملك له في الثَّمن[٣] حالًّا، فملك المطالبة بالقبض حكمًا للملك، علىٰ ما ذكره الشَّافعي، فيملك الإسقاط بحكم الملك أيضًا إذا احتمل السُّقوط، كأصل الدَّين، وكملك النِّكاح.

وهذا؛ لأنَّ البيع يوجب الملك، ولا يوجب البقاء، والبقاء علىٰ ما وجب لعدم العلَّة المغيِّرة، لا بسبب البيع، فإذا جاءت العلَّة المغيِّرة تغيرت كأصل الدَّين.

ولهذا قال زفر في قيمة المستهلك[٤]؛ إنه لا يحتمل الأجل؛ لأنَّه وجب بدلًا عن عين[٥] حكمًا ليقوم مقام أصله، فكان له حكم العين من هذا الوجه، وكان كالقرض.

وهذا بخلاف ما إذا أسقط حقوق ملكه في العين بعد القبض، أو قبله؛ لأنَّ الحقوق علىٰ قسمين:

منها: ما يصحّ إسقاطه، كأصل الملك بالعتاق.

ومنها: ما لا يصحّ، كحق السُّكنىٰ[٦] والاستخدام والملك في البهيمة؛ لأنَّ

---

[١] «ص» وحاشية «أ» (الثمن).

[٢] في «ص» زيادة (فثبت أن صحة الشراء الحال غير متعلقة بقبض الثمن).

[٣] «ص» (لصنفي الثمن).

[٤] «ص» (قيم المتلفات).

[٥] «ص» (قبض).

[٦] «أ» «ن» (المسكين)، والمثبت من «ص».

في إسقاطه تعطيلًا، وتسييبًا، وقد حجَر الشَّرع عن تعطيل الأملاك وتسييبها بلا فائدة.

ولا كذلك إسقاط المطالبات، فإن مَن عليه ينتفع به، كما في أصل[١] الدَّين.

وكذلك الإعارة التي ذكرها على هذا، فإنها هبة المنفعة، فتعتبر بهبة الأصل، وهبة الأصل على سبيل التَّمليك لا يتم إلَّا بقبض، ولا يلزم دونه، وإذا كان إبراءً ـ يصحّ كهبة الدَّين ـ يصحّ بنفسه، ويلزم.

فعلى هذا هبة المنافع إن كان تمليكًا لا يصحّ إلَّا بقبض، وإن كان إسقاطًا ـ كما في مسألتنا هذه ـ يصحّ، ويلزم بنفسه.

ولا يلزم إبراء المرأة عن النَّفقة؛ لأنَّها تجب ساعة فساعة لقيام[٢] الاحتباس حال الوجوب، فلم يصحّ الإبراء عنها قبل الوجوب، وقبل سببه؛ لأنَّه لم يصادف محلَّه حقيقةً، ولا حكمًا.

كما لو أخَّر الدَّين، ولا دينَ، ثمَّ داينه[٣] = فإنه لا يصحُّ.

وصحّ شرطًا في الخلع؛ لأنَّ السَّبب أقيم مقام الوجوب، على ما بيَّنَّا في موضعه.

فتلك مسألة مشكلة في موضعها من حيث جعل الخلع سببًا لنفقة العدة، ولم يجعل النِّكاح سببًا لنفقة النِّكاح. وليس تلك[٤] من إشكال هذه المسألة في شيء.

---

[١] في «أ» (كأصل)، والمثبت من حاشيتها.

[٢] «ص» (لقياس).

[٣] «ص» (آجر الدين ولا دين على ذاته).

[٤] «ص» (ذلك).

فأما ههنا فملْك المطالبة سببُه ملك الدَّين حالًّا، وقد وجد، وإسقاطها في معنىٰ تمليك المنفعة، فيكون السَّبب القائم ـ في إطلاق التَّصرُّف ـ قائمًا مقام حقيقة ملكها، كما في الإجارة والإعارة.

وأما إذا أجَّل القرض، فإنَّما لم يصحّ عندنا لما قاله **محمد بن الحسن**: إن القرض عارية، والآجال في العواري لا تلزم، فإن من أعار داره شهرًا، أو إلىٰ شهرين لم يلزم؛ لأنَّ الإعارة هبة المنفعة، فلا تلزم قبل القبض كهبة العين.

وإنَّما قلنا: القرض عارية؛ لأنَّ من ملك التبرُّع ملك القرض، ومن لم يملك التبرُّع مطلقًا لم يملك القرض.

ولأنه ليس بمعاوضة بالمثل الذي يجب قبضه؛ إذ لو كان كذلك[١] لكان صرفًا، فيشترط التقابض في المجلس [لصحته][٢]، ولا يشترط بالإجماع.

ولأن عين القرض لا تملك قبل القبض، ولو كان معاوضة لملك؛ لأنَّ الدَّراهم تتعيَّن بالقرض، وإنها لا تتعيَّن في عقود المعاوضات.

ولأن القرض يصحّ بلفظ الإعارة، ولو شرع القرض لتمليك العين لما ملك بلفظ الإعارة المشروع لتمليك المنافع، كما لا يملك ما يملك بالبيع بلفظ الإجارة، ولا ما يملك من العين بلفظ الهبة بلفظ الإعارة.

ولما ثبت أنَّه تبرُّع، وليس بتمليك العين، لم يبق إلَّا أن يكون مشروعًا لتمليك المنفعة، إلَّا أن ما يصحّ إقراضه[٣] **عندنا** هو المكيلات والموزونات

[١] «ص» (معاوضة).

[٢] ما بين [ ] «أ» «ن»، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٣] «ص» (إخدامه).

والعدديَّات المتقاربة التي هي مثليات في الاستهلاك.

وهذه الأعيان منافعها في أعيانها، حتَّىٰ لم تصحّ إجارتها، وإعارتها إقراض[١]، وإذا كانت منافعها في أعيانها، وشرع القرض فيها لتمليك منافعها، وهي في أعيانها ملكت الأعيان قائمة مقام المنافع، علىٰ شرط ضمان ردِّ العين بعد الانتفاع، فلم يتصوَّر إلَّا بعين آخر يجب في الذمَّة تسليمه[٢] قائمًا مقام العين في باب العواري التي تستوفىٰ منافعها مع بقاء أعيانها.

وإذا كان الواجب في حكم ذلك العين، ولا يصحّ إلَّا هكذا؛ لأنَّ العارية تبطل بهلاك عينها[٣]، كان بقاء الذمَّة بمنزلة بقاء العين القائم عنده للانتفاع به[٤] بعقد العارية، وملك المنافع [ممَّا يثبت][٥] ساعة فساعة، وصار التَّأخير بمعنىٰ توقيت مدَّة العارية. وذلك التوقيت في الحقيقة ليس بإسقاط الواجب[٦] له، ولكن لتمليك المنفعة إياه في المدَّة.

وكذلك في القرض لَمَّا صار بمعنىٰ الإعارة لو كان الأجل[٧] لتأخير رد عين العارية، والعين لا يقبل التَّأخير، حتَّىٰ روي عن أبي يوسف، وهو أحد قولي الشَّافعي(٨): أن المستقرض لا يملك العين إلَّا بعد التَّصرُّف، فإن الانتفاع منه

---

[١] «ص» وحاشية «أ» زيادة (لا ينتفع بها إلا أكلا وشربا وفيهما (وفيها) استهلاك العين).

[٢] «ص» (بتسليمه).

[٣] في «ص» زيادة (فلو لم يجعل الواجب عليها قائما مقام العين لبطل القرض بهلاك العين الأول، وإذا كان الواجب في حكم ذلك العين كان بقاؤه كذلك واجبا بمنزلة بقاء العين...).

[٤] «ص» (في حق الانتفاع بها).

[٥] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٦] «ن» (لواجبٍ).

[٧] «ص» (أو كان الأجل).

(٨) اختلف أصحاب الشافعي بماذا يملك القرض؟ علىٰ وجهين: الأول: أنه يملك بالقبض كالهبة،=

يتحقق بالتَّصرُّف، والانتفاع ما يستوفى من العين[١]، كالمنفعة في غير ذوات الأمثال.

إلا أنا نقول: يملك بالقبض؛ لأنَّ الأعيان لما خلقت ومنافعها فيها لا يمكن الانتفاع بها إلَّا باستهلاك أعيانها. والعارية لتمليك المنفعة رفع الملك في باب[٢] القرض بنفس ما دخل تحت القبض، وهو العين قائمًا مقام المنفعة.

❁ فإن قيل: الكفالة بالقرض صحيحة، وعندكم لا تصحّ الكفالة بالعارية[٣].

◉ قلنا: الكفالة بردِّ العارية صحيحة؛ لأنَّها مضمونة الرَّدّ عليه[٤]، وفي باب القرض إنَّما تصحّ بردِّ القرض المضمون أيضًا.

فأمَّا دين الاستهلاك فهو دين حقيقة، ولم نضطر إلى أن نجعله[٥] عينًا حكمًا وشرعًا، فإنا إنَّما نصير إليه بعقد شرعي لا يصحّ إلَّا بناءً عليه، فعلم أن الشَّرع ألحقه به، فنضطر[٦] لمكان التبرُّع[٧] إلى القول به.

فأما ههنا لم نضطر إليه فلا نجعله كذلك، ولا ضرورة بنا إلى إلغاء[٨] العين

= والثاني: أنه يملك بالتصرف بعد القبض. انظر: «الحاوي الكبير» (٥/٣٥٤)، و«نهاية المطلب» (٥/٤٤٥)، و«البيان للعمراني» (٥/٤٥٨).

[١] «ص» (وبالانتفاع تستوفى العين).

[٢] في حاشية «أ» (لما تسلم إلى المستعير وقع الملك في باب...)، «ص» (كما سلم إلى المستعير وقع الملك في باب...).

[٣] «ص» (إلا بالعارية).

[٤] «أ» «ن» (برد العين صحيحة لأنه مضمون).

[٥] «أ» (يجعل)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٦] «أ» (فيضطر).

[٧] «ص» (الشرع).

[٨] في حاشية «أ» (إبقاء).

حكمًا لإيجاب ضمان الاستهلاك ؛ لأنَّه ما شرع إلَّا عند[١] عدم العين خلفًا عنه ، والخَلَف في الشَّرع لا يعتبر[٢] إلَّا بعد عدم الأصل ، فيلزمنا بهذا الحكم إعدام الأصل ، لا إقامته ، والعواري لا يضمن ردُّها إلَّا مع قيام العين.

فلما ثبت أن القرض عارية ، والرَّدّ مضمون ، علم أن العين قائم حكمًا في حَقّ ضمان ردِّه[٣] ضرورة[٤] وجوب ضمان الرد ؛ لأنَّه في العواري يسقط إذا فات العين ، فلا يظهر حيث يجب[٥] ضمان الرَّدّ ، ولا يجب إذا أبرأه عنه ، وكان الحكم لما عليه الحقيقة.

فكذلك دين الاستهلاك لما لم يلحق بالعين شرعًا ؛ بل وجب بالشرع[٦] إعدام العين= صار التَّأخير إسقاطًا ، كالإبراء ، فصحَّا جميعًا.

والشَّافعي في هذه الفصول كلها جعل الأجل تمليكًا للمنافع ، وجعله بمنزلة العارية ، فلم يصححه إلَّا بمضي المدَّة ، كما في القرض عندنا.

[وزفر جعل][٧] قدر ضمان الاستهلاك بمنزلة القرض ، لقيامه مقام العين ، لا عن حقيقة مبادلة ، ولما قام مقام العين[٨] صار بمنزلة القرض ، بخلاف الثَّمن.

---

[١] «أ» «ن» (ما شرع عند) ، والمثبت من «ص».

[٢] «ص» وحاشية «أ» زيادة (حكما).

[٣] في حاشية «أ» (حكما).

[٤] «ص» وحاشية «أ» زيادة (ولهذا قلنا: إذا أبرأه عن القرض صح ، ولا يعتبر بالعين (العين) ؛ لأنه دين حقيقة ، وإنما اعتبرناه بالعين ضرورة).

[٥] «ص» ، وحاشية «أ» (لا يجب).

[٦] «أ» «ن» (لم يلحقه بالعين ، بل وجب بالتبرع) ، والمثبت من «ص».

[٧] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٨] «أ» و«ن» (القرض) ، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

ومالك أخذ بمحض القياس، فإنها ديون كلُّها، والتَّأخير إسقاط للمطالبة، فيصحُّ[١]، إلَّا بدلًا لا يحتمل السُّقوط، كدين الصَّرف والسَّلم.

|١٠٤٢| **مسألةٌ**: قال علماؤنا: القرض لا يصحّ إلَّا فيما له مثل من جنسه بالاستهلاك[٢].

وقال الشَّافعي: يصحّ في كلِّ مالٍ، إلَّا في الجواري، فله فيهن قولان(٣).

لأن القرض عقد مشروع لتمليك عين مال فوجب أن يملك به[٤] الحيوان، قياسًا على الوصيَّة، والهبة، والبيع.

ثمَّ لا يجوز مفارقته الهبة بالمثل الذي يجب به؛ لأنَّه مثل يجب عقدًا.

والثِّياب من ذوات الأمثال إذا ثبتت بالعقد، حتَّى جاز السَّلم فيها، ولا يجوز إلَّا في ذوات الأمثال.

وكذلك عندي السَّلم جائز في الأموال كلها إلَّا في الجواري[٥]. فللشافعي فيهن قولان(٦)، فكذلك القرض.

---

[١] «ن» (فصح).

[٢] «ص» (في الاستهلاك).

(٣) بالجواز والمنع، والمنع أظهر. انظر: «الحاوي الكبير» (٥/٣٥٣)، و«العزيز شرح الوجيز» (٤/٤٣١)، و«نهاية المطلب» (٥/٤٤٩).

[٤] «ص» (أن يصح في).

[٥] «ن» (الجوابي).

(٦) انظر: «مختصر المزني» (٨/١٨٩)، و«الحاوي الكبير» (٥/٣٥٣)، و«المهذب للشيرازي» (٢/٧٢)،

ولا يصحّ السَّلم في الجواهر، فكذلك القرض.

أو نقول: كلُّ مال صحّ السَّلم فيه صحّ إقراضه، كالمكيل [والموزون][١].

وتحقيقه ما ذكرنا: أن كلَّ واحد منهما، إنَّما يصحّ في ذوات الأمثال من أعيان الأموال.

أو نقول: إنه لما كان لتمليك العين أشبه الهبة، والمثل الذي يجب به[٢] حكمًا، لا شرطًا، فجهالته في نفسه لا تمنع ثبوته كمهر المثل في باب النّكاح، والمثل الذي يجب بالاستهلاك= فيستقيم علىٰ هذا القول أنْ يملك بمثلٍ من جنسه، وخلافِ جنسه قيمةً.

وأما الجواري[٣] فعلىٰ هذا الطريق يصحّ إقراضهن، ولئن قلنا لا يصحُّ؛ فلأن القرض يوجب الملك علىٰ [وجه][٤] الانتفاع بالعين، والعين ملك[٥] تبعًا له، لا علىٰ العين، والمنفعة تبع له، وبهذا الوجه من الملك لا تستباح الأبضاع.

حتَّىٰ قال الشَّافعي في قول(٦): لا يملك[٧] المستقرض إلَّا بعد الانتفاع، كما روي عن أبي يوسف.

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٢] في حاشية «أ» زيادة (يجب).

[٣] «ن» (الجوابي).

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٥] «ص» (تملك).

(٦) تقدم أن أصحاب الشافعي اختلفوا في موجب الملك في القرض. فقيل: القبض، وقيل: التصرف بعد القبض. انظر: «الحاوي الكبير» (٥/٣٥٤)، و«نهاية المطلب» (٥/٤٤٥)، و«البيان للعمراني» (٥/٤٥٨).

[٧] «ص» (يملكه).

ولكن مع هذا هو فوق العارية ؛ لأنَّها لملك المنفعة التي تزايل العين ، بحيث لا يملك بها العين ، وبالقرض يملك[١].

ولهذا عند الشَّافعي لا يثبت القرض بلفظ العارية(٢).

ولعلمائنا: ما قلنا: إن الإقراض إعارة ، ويملك بلفظ الإعارة عندنا ، وبلفظ الإعارة لا تملك هذه[٣] الأعيان ، فكذلك بلفظ القرض.

إلا أن ما يصحّ إقراضها= منافعها في أعيانها ، حتَّىٰ إذا استوفيت منها المنافع التي خلقت فيها ، فاتت أعيانها ، ولم تبق ، ولهذا لا تصحّ إجارتها.

ولما كان كذلك ، قامت أعيانها مقام منافع سائر الأعيان حكمًا ، فملكت بلفظ العارية مقام المنفعة ، بشرط ضمان ردِّ العين ثانيًا ، فوجب ردُّ عين آخر قائمًا مقام الأوَّل ضرورةً ، علىٰ ما بيَّنَّا.

وإذا كان كذلك لم يكن محلُّه عينًا لا يمكن يملك بالإجارة[٤] مع بقاء عينه ؛ لأنَّ عمل العقد في الأصل في المنفعة ، إذا[٥] امتازت عن الأصل تملّكا لم يسر إلىٰ العين ضرورة.

ألا ترىٰ أنَّه بالإجماع عقد تبرّع ، ومتىٰ جعل لتمليك العين بمثل لم يكن تبرّعًا ، علىٰ ما مرَّ ، علىٰ أنَّا [إن][٦] سلَّمنا أنَّه لتمليك العين بمثل فهو مثل

---

[١] «ص» وحاشية «أ» زيادة (العين).

(٢) انظر: «تحفة المحتاج وحواشي الشرواني والعبادي» (٥/٣٩).

[٣] «أ» و«ن» (هذا) ، والمثبت من «ص».

[٤] «ص» (عينا يملك منفعته بالإجارة).

[٥] «أ» (وإذا).

[٦] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

المقبوض؛ إذ ليس ههنا مثْل مشروط علم بوصفه، فعُلم أنَّه مثْل معلوم بالقبض[١]، فكان كمثل الاستهلاك، فلا يكون محلًّا[٢] إلَّا ما له مثلٌ في الاستهلاك، دون ملك[٣] السَّلم؛ لأنَّه ثابت وصفًا، وبينهما فرق.

ألا ترىٰ أنَّه في باب السَّلم إذا جاءه بالعين علىٰ أدنىٰ ما ينطلق عليه الوصف أُجبر رب السَّلم علىٰ القبول.

وفيما نحن فيه إذا استقرض حنطة جيدة، وجاءه بأدنىٰ ما[٤] ينطلق عليه اسم الجيد= لم يجبر علىٰ القبول حتَّىٰ يأتي به علىٰ مثال ما قبض، كما في الاستهلاك، فثبت أن هذا المثل معتبر في المساواة بمثل الاستهلاك، لا بمثل السَّلم، فكل مالٍ لا يضمن بالاستهلاك مثلٌ[٥] من جنسه= لم يصحّ إقراضه، قياسًا علىٰ اللآلئ، ولما ذكرنا أنَّه بمنزلته، فلا يثبت إلَّا مع ثبوته.

❁ فإن قيل: عارية الثِّياب[٦] لا تثبت بلفظ القرض، فعلم أن في القرض زيادة إيجاب يتناول[٧] العين.

❁ قلنا: هذا فصلٌ لا رواية فيه، ولئن سلمنا؛ فإن العارية لتمليك المنفعة التي تمتاز عن الأعيان، فيصحّ تملّك[٨] المنافع التي هي في الأعيان لا تمتاز عنها.

---

[١] «أ» «ن» (بالمقبوض)، والمثبت من «ص».
[٢] «ص» (محله).
[٣] «ص» (مثل).
[٤] «أ» و«ن» (وجاءه بما)، والمثبت من «ص».
[٥] «ص» (مثله).
[٦] «ص» (الدار).
[٧] «ن» (يتناوله).
[٨] «ن» (لملك). «ص» (فصلح لملك).

والقرض لفظ خاص لتمليك ما لا يمتاز عن الأعيان، وهذه المنافع في ذواتها منافع[١] دون التي تمتاز، وتملك بنفسها، وإذا كانت دونها لم يملك الفوقُ باللَّفظ الموضوع للدُّون، ومُلِك الدُّونُ باللَّفظ الموضوع للفوقِ.

فالخصم نظر إلىٰ الظَّاهر، فإن القرض يتعدَّىٰ في الظَّاهر إلىٰ العين، فأقامه مقام الهبة في تمليك ما يملك بالهبة، ولم يُقم به العارية[٢] التي لا تتعدَّىٰ إلىٰ العين في محلِّها مقام القرض في إفادة [ملك][٣] ما يملك بالقرض من العين.

ونحن نظرنا إلىٰ المعنىٰ، فالعقدان لتمليك المنفعة دون العين علىٰ ما قررنا، والعين في القرض ملك ضرورة ملك المنفعة.

فمن هذا الوجه صارت العارية فوق القرض في ملك المنفعة؛ لأنَّ المنفعة التي تمتاز عن العين فوق التي لا تمتاز، وصار القرض دون العارية، ثمَّ ملك سائر الأعيان لا يثبت بالإعارة، فبالقرض أولىٰ، وهذا العين يملك بالقرض تبعًا للمنفعة، فبالعارية أولىٰ.

وكذلك المنافع التي تمتاز عن الأعيان لا تملك بالقرض؛ لأنَّها فوق ما لا يمتاز، فعمله في الأدنىٰ لا يدلُّ علىٰ عمله في الأعلىٰ.

[١٠٤٣] **مسألةٌ: قال علماؤنا** [الثلاثة][٤]: من كسر علىٰ آخرَ قُلب فضَّة، أو استهلكه، وقضي عليه قيمته من الذَّهب، فلم يقبض[٥] حتَّىٰ فارقه= لم يبطل

---

[١] «ص» (في حق أنها منافع).

[٢] «ص» (ولم تقم العارية).

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٥] «ص» وحاشية «أ» (في المجلس).

القضاء، وكذلك لو اصطلحا عليه.

وقال زفر: يبطل.

لأنَّه صرف لأنَّه يملِّك[١] الذَّهب بإزاء الفضَّة، ولهذا تصير الفضَّة ملكًا للآخر إذا كان قائمًا، وأن يكون مستحقًّا له بالقضاء لا يخرجه من أن يكون صرفًا[٢].

كالشَّفيع يأخذ الدَّار بالشُّفعة بالقضاء بالدَّراهم، وفي الدَّار سلاسل فضَّة، فإنَّ قبض حصة السَّلاسل يجب في المجلس، ويبطل متىٰ لم يقبض؛ لأنَّه صرف[٣]، وإن استحقه بقضاء.

إلا أنا نقول: إنَّه استيفاء للواجب بالغصب[٤] عند العجز عن ردِّ عينه، حتَّىٰ يصير الأصل ملكًا للغاصب من حين الغصب، فيكون الأكساب له، ولا قبض يجب[٥]، وكذلك بعد القضاء[٦]؛ لأنَّ القاضي بقضائه أظهر قدر القيمة وقدر حقِّه فيه.

وكذلك إذا اصطلحا، إلَّا أن يجب المثل بعقد صرف عند القضاء[٧]، أو بالصُّلح.

---

[١] «أ» (لا يملِّك)، «ص» (لأنه لا يملِّك)، والمثبت من «ن».

[٢] «ص» (قرضا).

[٣] «أ» (صرفه).

[٤] «ص» وحاشية «أ» زيادة (فلا تتوقف صحته بالقبض، دليله: إذا كان الأصل عبدا آبقا، أو ثوبا. ألا ترىٰ أن المثل يجب بالغصب).

[٥] «ص» (فيكون الاكتساب له ولا غصب بعد ذلك).

[٦] «ص» (مجلس القضاء).

[٧] «ص» (لا أن يجب المثل بعقد وصرف عقد بالقضاء).

❁ فإن قيل: إن الغصب سبب ملك في الأصل بالبدل عندنا، إلَّا أنَّه يتقرر[١] حكمه حال القضاء بالبدل أو الصُّلح عليه، فمتى تقرَّر كان القبض شرطًا لبقائه كالصَّرف، فإن الحكم يتعلّق بالمعاني لا بالأسامي.

۞ قلنا: هذا يبطل بالصَّرف ببدلين مستحقين، فإن التقرر[٢] إنَّما يكون عند الإجازة، ومع ذلك يشترط بالقبض في مجلس العقد[٣]، فلو كان الغصب بمنزلة الصَّرف حكمًا لاشترط قبض البدل فيما نحن فيه في مجلس الغصب، لا في مجلس التقرر.

وهذا؛ لأنَّ الصَّرف شرط قبض بدليه في المجلس، لما ذكرنا أنَّ أصله في الدَّراهم[٤] والدنانير[٥]، وهي لا تقبل التَّعيين، فيكون دينًا بدين، والافتراق عن دين بدين مبطل للعقد، فاشترط قبض أحدهما ليصير عينًا بدين، ثمَّ قبض الآخر ليساويه، ثمَّ شرط فيما يتعيَّن إلحاقًا للفرد بالجملة على ما مرَّ.

وكذلك شرط في السَّلم قبض رأس المال على ما مرَّ ذكره.

والغصب وإن كان سبب ملك عندنا[٦] فما يوجد إلَّا في عين؛ لأنَّ الدَّراهم تتعيَّن بالغصب، فكان أصله في عين بدين، فأشبه بيع الثَّوب بدراهم، فلا يجب القبض موجَبًا بالغصب، وإن كان تحته مبادلة حكميَّة، وبالصُّلح أو بالقضاء يتقرَّر

---

[١] «ص» (إن الغصب له سبب ملك الأصل بالبدل عندنا كالصرف إلا أنه يتقدر).

[٢] في حاشية «أ» (والنفوذ).

[٣] «ص» (والقبض يشترط في مجلس العقد لا في مجلس الإجازة).

[٤] «ص» وحاشية «أ» (بالدراهم).

[٥] «ص»، «أ» (أو بالدنانير).

[٦] «أ» «ن» (عندي)، والمثبت من «ص».

دين وجب بدلًا عن عين، بسبب وروده في أصله على عين، فصلح البقاء[١] بغير قبض، كما في ثمن المبيع، فالدَّراهم في الغصب متعيِّنة، كالمثمنات في البيوع كلها.

فلذلك لم يفترق الحال في ضمانه بين ثمن ومثمن، فصحّ في الحالين إثبات بدلهما، وبقاؤه دينًا بلا قبض، كالدَّراهم عن المثمنات بيعًا.

فأما في عقد معاوضة فالأثمان تفارق المثمنات في حكم التَّعيين، فلذلك شرط[٢] فيما هو ثمن بثمن[٣].

[١٠٤٤] **مسألةٌ**: قال أبو حنيفة [ومحمد][٤] في مسلم دخل دار الحرب بأمان، ويملك أموالهم بعقود فاسدة: إنَّه صحيح حلال، كأنها وهبت له.

وقال أبو يوسف والشَّافعي(٥): إنَّه حرام لقول الله تعالى: ﴿وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥] من غير تقييد مكان.

وقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ﴾ [المائدة: ٣].

وقال النبي ﷺ في الخمر: «إن الذي حرم شربها حرم بيعها وأكل

---

[١] «ص» (فصح القضاء).

[٢] «ص» وحاشية «أ» زيادة (القبض).

[٣] «ن» (بثمن عين). «ص» زيادة (أو ثمن بمثمن هو دين كالسلم ولم يشترط فيما هو ثمن بمثمن عين. والله أعلم).

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

(٥) انظر: «الحاوي الكبير (١٤/١٦٩)، و«بحر المذهب» للروياني (٤/٣٩٥)، و«البيان» للعمراني (٥/١٨٥).

ثمنها»(١)، من غير تقييد[٢] في هذه الحرمات.

وروي «أن كافرًا وقع في الخندق عام[٣] الخندق فأعطي المسلمون بجيفته مالًا فسئل رسول الله ﷺ عن ذلك فنهاهم عنه[٤]»(٥)، وهذا عندكم حلال.

ولأن التملّك بهذه الأسباب حرام في دار الإسلام، فكذلك في دار الحرب بعد الأمان، قياسًا على الغصب والاستيلاء، فإنه لو غصب لم يملك، وكذلك لو سرق.

---

(١) رواه مسلم (١٥٧٩) عن ابن عباس رضي الله عنهما، ولفظه: أن رجلا أهدى لرسول الله ﷺ راوية خمر، فقال له رسول الله ﷺ: «هل علمت أن الله قد حرمها؟» قال: لا، فسارَّ إنسانا، فقال له رسول الله ﷺ: «بم ساررته؟»، فقال: أمرته ببيعها، فقال: «إن الذي حرم شربها حرم بيعها»، قال: ففتح المزادة حتى ذهب ما فيها.

[٢] «ص» وحاشية «أ» زيادة (بمكان).

[٣] «ص» (فاحترق عام).

[٤] «أ» (عنها).

(٥) رواه ابن أبي شيبة (٣٣٢٥٧)، وأحمد (٢٢٣٠)، والترمذي (١٧١٥)، الطبراني في «المعجم الكبير» (١١/٣٧٨، رقم: ١٢٠٥٨)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٨٣٥٥)، عن ابن عباس رضي الله عنهما.

ولفظ الترمذي: «أن المشركين أرادوا أن يشتروا جسد رجل من المشركين، فأبى النبي ﷺ أن يبيعهم إياه».

قال الترمذي: «هذا حديث غريب لا نعرفه إلا من حديث الحكم ورواه الحجاج بن أرطاة أيضا، عن الحكم وقال أحمد بن الحسن: سمعت أحمد بن حنبل يقول: ابن أبي ليلى لا يحتج بحديثه وقال محمد بن إسماعيل: ابن أبي ليلى صدوق، ولكن لا نعرف صحيح حديثه من سقيمه، ولا أروي عنه شيئا، وابن أبي ليلى صدوق فقيه، وربما يهم في الإسناد». قال الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/٩٢): «وفيه ابن أبي ليلى، وهو ثقة، ولكنه سيئ الحفظ». قال الإشبيلي في «الأحكام الوسطى» (٣/٧٦): «إسناده ـ أي ابن أبي شيبة ـ منقطع وضعيف، وكذلك إسناد الترمذي». وضعفه ابن القطان في «بيان الوهم والإيهام» (٣/٤٩٠).

ولو وجد كنزًا في دار بعضهم ردَّه علىٰ صاحب الدَّار.

وهذا؛ لأنَّهم بالأمان صاروا في حقِّه بمنزلة أهل الذمَّة[1].

واحتجَّ محمد بمخاطرة أبي بكر مع الكفَّار في تغليب الروم علىٰ فارس وتجويز رسول الله ﷺ ذلك له حيث قال له: «زد[2] في الخطر، وأبعد في الأجل»(٣).

---

[١] «ص» وحاشية «أ» زيادة (في حق المسلمين).

[٢] في «أ» (رد)، وفي حاشية «أ» (زد).

(٣) لم أجده بهذا اللفظ في الكتب المسندة. والقصة بطولها رواها أحمد (٢٤٩٥)، والترمذي (٣١٩٣)، والنسائي في الكبرىٰ (١١٣٢٥)، والحاكم في «المستدرك» (٣٥٤٠) عن ابن عباس رضي الله عنه.

ولفظ الترمذي: عن ابن عباس، في قول الله تعالىٰ: ﴿الٓمٓ ۝١ غُلِبَتِ ٱلرُّومُ ۝٢ فِيٓ أَدۡنَى ٱلۡأَرۡضِ﴾ [الروم: ٢] قال: غلبت وغلبت، كان المشركون يحبون أن يظهر أهل فارس علىٰ الروم لأنهم وإياهم أهل أوثان، وكان المسلمون يحبون أن يظهر الروم علىٰ فارس لأنهم أهل كتاب، فذكروه لأبي بكر فذكره أبو بكر لرسول الله ﷺ قال: «أما إنهم سيغلبون»، فذكره أبو بكر لهم، فقالوا: اجعل بيننا وبينك أجلا، فإن ظهرنا كان لنا كذا وكذا، وإن ظهرتم كان لكم كذا وكذا، فجعل أجلا خمس سنين، فلم يظهروا، فذكر ذلك للنبي ﷺ، قال: «ألا جعلته إلىٰ دون» ـ قال: أراه العشر، قال سعيد: والبضع ما دون العشر ـ قال: ثم ظهرت الروم بعد. قال: فذلك قوله تعالىٰ: ﴿الٓمٓ ۝١ غُلِبَتِ ٱلرُّومُ﴾ [الروم: ١] ـ إلىٰ قوله ـ ﴿يَفۡرَحُ ٱلۡمُؤۡمِنُونَ ۝٤ بِنَصۡرِ ٱللَّهِۚ يَنصُرُ مَن يَشَآءُ﴾ [الروم: ٤] قال سفيان: «سمعت أنهم ظهروا عليهم يوم بدر».

قال الترمذي: «هذا حديث حسن غريب، إنما نعرفه من حديث سفيان الثوري، عن حبيب بن أبي عمرة».

وقال الحاكم في «المستدرك» (٢/٤٤٥): «صحيح علىٰ شرط الشيخين ولم يخرجاه» ووافقه الذهبي.

والحديث يروىٰ مرسلا عن حبيب، عن سعيد بن جبير، لا يذكر فيه ابن عباس. قال الدارقطني في العلل (١/٢١٤): «والمرسل أشبه بالصواب».

ووقفت علىٰ الحديث بهذا اللفظ في بعض كتب التفسير. انظر: «أحكام القرآن» للجصاص=

والخلاف ثابت في المخاطرة والقمار، كما في عقد الرِّبا، إلَّا أن الاحتجاج به لا يصحّ إلَّا بعد أن يثبت أنَّه كان بعد ما نسخ القمار، أو نزلت آية الرِّبا، إلَّا أن الظَّاهر أنَّه كان ثابتًا عندهم، ثمَّ التاريخ حيث احتجَّ به.

وروى محمد أيضًا بإسناده عن مكحول عن النَّبيّ ﷺ أنَّه قال: «لا ربا بين المسلمين وأهل الحرب[1]»(٢)، وحقيقته للتحريم، فدل أنَّه غير مشروع أصلًا فيما بينهم.

وعن النبي ﷺ: أنَّه خطب عام حجة الوداع وقال: «ألا إن كلَّ ربًا كان في الجاهليَّة فهو موضوعٌ تحت قدمي هاتين، وأوَّل ربًا أضعه ربَا العبَّاس بن عبد المطلب»(٣).

والوضع: أن لا يبقى بسبب الرِّبا خصومة، ولا يطالب المرء[٤] بتسليم ما

= (٢/١١)، و«تفسير السمعاني» (٤/١٩٧)، و«تفسير النسفي» (٢/٦٩٠)، و«البحر المديد في تفسير القرآن المجيد» (٤/٣٢٤).

[١] «ص» وحاشية «أ» زيادة (في دار الحرب).

(٢) الحديث لا يصح. قال الشافعي في «الأم» (٧/٣٧٩): «وإنما أحل أبو حنيفة هذا لأن بعض المشيخة حدثنا عن مكحول عن رسول الله - ﷺ - أنه قال «لا ربا بين أهل الحرب» وقال أبو يوسف وأهل الإسلام في قولهم... وما احتج به أبو يوسف لأبي حنيفة ليس بثابت فلا حجة فيه» وانظر: «معرفة السنن والآثار (١٣/٢٧٦)، و«الدراية» (٢/١٥٨)، و«نصب الراية» (٤/٤٤)، و«السلسلة الضعيفة» (١٤/٧٩).

(٣) رواه مسلم (١٢١٨)، عن جابر بن عبد الله ﷺ في حديث طويل وصف فيه حجة الوداع، ومما جاء فيه: «... فأتى بطن الوادي، فخطب الناس وقال: «إن دماءكم وأموالكم حرام عليكم، كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا، في بلدكم هذا، ألا كل شيء من أمر الجاهلية تحت قدمي موضوع، ودماء الجاهلية موضوعة، وإن أول دم أضع من دمائنا دم ابن ربيعة بن الحارث، كان مسترضعا في بني سعد فقتلته هذيل، وربا الجاهلية موضوع، وأول ربا أضع ربانا ربا عباس بن عبد المطلب، فإنه موضوع كله».

[٤] «ص» (المربي).

لم يقبض، ولم يسترد منه ما قبض بناءً على أن الإسلام يجب ما قبله.

وكان العبَّاس h أسلم ببدر أو قبله، وكان له عبيد يتجرون بمكة ويربون آمنين بها، فلو كان الأخذ بها يقع فاسدا[١] لاسترد منهم. وهو مذهب أبي يوسف.

ولا شك بأن[٢] آية الرِّبا كانت نازلة قبل فتح مكة، فإن الرِّبا كان ثابتًا يوم خيبر، على ما روي عن النبي ﷺ أنَّه قال لسعد بن[٣] وكانا باعا أربعة مثاقيل تبر بثلاثة مثاقيل في قسمة خيبر. فقال النبي ﷺ: «**أربيتما فردًّا**»(٤)، وبين خيبر وفتح مكة أربع سنين.

---

[١] «أ» «ن» (الأصل يقع لها فاسدا)، والمثبت من «ص»، وفي حاشية «أ»: (الأخذ) بدل (الأصل).

[٢] «ص» (ولا إشكال أن).

[٣] تكملة الاسم ساقطة من كل الأصول. والأقرب أنها محرفة من: السعدين. كما سيأتي في الرواية. وهما في الحديث: سعد بن عبادة، وسعد بن أبي وقاص - ﵄ -. انظر: «التمهيد» لابن عبد البر (٢٤/١٠٤)، جامع الأصول (١/٥٥٩).

(٤) رواه مالك في الموطأ - يحيى - (٢/٦٣٢ - ٢٨) مرسلا: عن يحيى بن سعيد، أنه قال: أمر رسول الله ﷺ السعدين أن يبيعا آنية من المغانم من ذهب أو فضة، فباعا كل ثلاثة بأربعة عينا أو كل أربعة بثلاثة عينا، فقال لهما رسول الله ﷺ: «أربيتما فردا».

قال ابن عبد البر «التمهيد» (٢٤/١٠٤): «وقد رواه الليث بن سعد وعمرو بن الحرث عن يحيى بن سعيد عن عبد الله بن أبي سلمة ولم يذكر مالك عبد الله بن أبي سلمة وعنه رواه يحيى بن سعيد» إلى أن قال (٢٤/١٠٦): «ذكر يعقوب بن شيبة وسعد بن عبد الله بن الحكم قالا: حدثنا قدامة بن محمد بن قدامة بن خشرم الأشجعي عن أبيه قال: حدثني مخرمة بن بكير عن أبيه قال: سمعت أبا كثير جلاح مولى عبد الرحمن أو عبد العزيز بن مروان يقول: سمعت حنشا السبائي عن فضالة (بن عبيد) يقول: كنا يوم خيبر فجعل رسول الله ﷺ على الغنائم سعد بن أبي وقاص وسعد بن عبادة فأرادوا أن يبيعوا الدينارين بالثلاثة والثلاثة بالخمسة. فقال رسول الله ﷺ: «لا إلا مثلا بمثل». وهذا إسناد صحيح متصل حسن». وقال في «الاستذكار» (٦/٣٤٧): «ومعنى هذا الحديث يتصل من حديث عبادة وغيره عن النبي ﷺ».

❊ **فإن قيل:** يحتمل أن ربا العبَّاس كان قبل إسلامه.

❁ **قلنا:** هذا بعيد، فإنه كان بين إسلامه وبين فتح مكة مدَّة بعيدة، وكان له عبيد يتَّجِرون بمكة، فلا يتوهَّم بقاء ذلك غير مستوفىٰ إلىٰ يوم الفتح، وكان ذلك مما أمحي[١] أثره= وإنَّما الوضع يحتاج إليه لأمر ظاهر قائم.

ألا ترىٰ أن النَّبيّ ﷺ خصَّه بالذكر، فثبت أن تجارته كانت ظاهرة.

ولكن يقال علىٰ هذا: إن الوضع إنَّما يستقيم فيما لم يقبض، فأمَّا ما قبض فالخصوصيَّة بالرَّدّ، لا بالوضع.

ولأن النَّبيّ ﷺ إنَّما خص العبَّاس[٢] لتكون بداية الأمر بالمعروف بنفسه وبعمه، فلا يشقُّ علىٰ غيره، وهذا إنَّما يستقيم في وضع ما لَه، لا ما عليه.

وأما الكلام من طريق المعنىٰ: فإن أموال أهل الحرب بأمانة لم تصر معصومة عن التملّك بالتناول، بدلالة أن المسلمين لو فتحوا تلك البلاد ملكوها كما قبل أمانه.

وهذا؛ لأنَّه مستأمِن منهم لا مؤمِّن إياهم، إلَّا أنَّه ضمن لهم أن لا يغدر بهم، ولا يخونهم، فلذلك[٣] حرم عليه السرقة، والغصب، وأخذ أموالهم لا[٤] برضاهم، لضمانه علىٰ نفسه أن لا يغدر بهم، لا لحرمة أموالهم.

فالحجر عن الفعل قد يكون لمعنىٰ في الفاعل، ولمعنىٰ في المحلِّ، فهذا

---

[١] «ص» (مما لا يمحىٰ).

[٢] «ص» وحاشية «أ» زيادة (بالذكر).

[٣] «أ» (فكذلك).

[٤] «ص» (بغير).

حجر لمعنىً فيه، بأنَّ ضمن لهم ذلك.

فأما المحلُّ فعلى الإباحة، كما كان قبل الأمان، وإذا كان كذلك صحّ التملّك بالأخذ، كما قبل الأمان[١]، إلَّا أنَّه يجب أن يكون على وجه لا يكون غادرًا، ولا خائنًا.

وبهذه المعاقدات يزول معنى الغدر والخيانة، ويصير أخذًا برضاهم على الوجه الذي أظهر لهم، ويقع الملك له بأخذ المباح كما لغيره من الغانمين، لا بهذه الأسباب، وكانت الأسباب لحيلة إسقاط الغدر عن فعله[٢].

ألا ترى أنَّه ذكر في الزيادات: لو أن الكافرين دخلوا دارنا وأخذوا مال المسلم يملكون[٣]. والله أعلم.

---

[١] «ص» وحاشية «أ» زيادة (وكما لغيره).

[٢] في حاشية «أ» (ملكه).

[٣] وقع في «ص» وحاشية «أ» تتمة لهذه المسألة، ونصها: (فأخذوا من مسلم كُرًّا من تمر [نسخة ح. أ: نمس] فارسي، فدخل مسلم إليهم بأمان، واشتراه بكُرَّيْ عجوة وأخرج لم يكن للمسلم الأول أن يأخذه؛ لأن العقد كان ربا، فصار التملك للمسلم منهم بأخذ مباح فصار كما لو دخل متلصصا وسرق (ح. أ: فسرق) لم يكن للأول حق الاسترداد، ولأنه لو استرد ما ملك إلا مثلَه (ح. أ: بمثله)، ومثله كُرٌّ (ح. أ: زاد: بمثله) فلا يفيد، وبمثله لو كان المأخوذ إبريق فضة واشتراه منهم ((منهم) ليس في ح. أ) المسلم بفضة أكثر من ذلك كان للأول أن يأخذه (ح. أ: يأخذ) بقيمته من الذهب، كما لو تملكه المسلم الداخل إليهم بأخذ على سبيل الغنيمة فيكون للأول الاسترداد بمثله، ومثله قيمته من خلاف جنسه فأفاد، فلما جعلوا الأخذ للمالك الأول على طريق ما لو ملك هذا المشتري باستغنام، [«ح أ»: المشتري بعقد الربا باستغناء به] علم أن السبب لغو عندهما في إفادة الملك لأنه حرام في كل مكان فيضاف الملك إلى ما هو حلال، وهو أخذ مباح في محل مباح.

وكان مثاله من أذن لعبده في التجارة ثم لحقه دين فاشترى المولى منه درهما بدرهمين أجزأه=

= لأن المولى له أخذ مال عبده بلا عقد، وإنما منع بالدين لما فيه من إبطال حقهم، فلما (ح. أ: فإذا) جبر حقهم في الدرهم بالدرهم فقد أوفاهم حقهم فزال المانع، وصار في الاسترداد ـ بعد ذلك ـ ملحقا بما إذا لم يكن [«ح أ» زاد: دين ولو لم يكن كان له أن يشتري درهما بدرهمين، ولم يكن] شراء، بل كان إثباتا ليده بحق الملك، وكذلك (ح. أ: فكذا) الآن.

فإن قيل: الملك بالأخذ غدر حكما؛ لأنه قد ضمن لهم بعقد الأمان أن لا يملك عليهم بالأخذ.

قلنا: إنما ضمن ألا يأخذ بغير رضاهم، وقد [«ح أ»: وهم] رضوا بهذا.

فإن قيل: إنما رضوا على سبيل التجارة.

قلنا: التجارة سبب، والمقصود بها ملك البدل [«ح أ»: المبدل]، وهذا المقصود سلم [«ح أ»: ينتظم] لهم مع فساد العقد؛ لأن الفساد غير ثابت فيما بينهم، حتى إذا أسلموا لم يتعرض لأملاكهم التي اكتسبوها بهذه الأسباب، فإذا [«ح أ»: ولما] حصل لهم المقصود بالسبب ـ وإن فسد ـ لغا اعتباره، وصار الحاصل به وبغيره سواء إذا لم يختلف عليهم الحكم [«ح أ»: لم يختلف حكمه].

فأما الجواب عن النصوص [«ح أ»: عن احتجاجهم بالنصوص]، فإنا نقول بثبوتها في كل مكان، ولا نقول: إن هذا المسلم استفاد ملكا حلالا بهذه العقود الفاسدة المحرمة، بل إنما استفادها بالأخذ الحلال [«ح أ»: المباح].

وأما حديث الخندق [«ح أ» زاد: فالخندق] كان في حدِّ المدينة، وهي دار الإسلام، وإنما كلامنا في دار الحرب، إلا أن هذا (ح. أ: إلا أنه) ضعيف؛ لأن أخذ مال الحربي على سبيل التملك جائز في دار الإسلام ودار الحرب جميعا، وقد ذكرنا أن الملك يحصل بالأخذ لا بالعقد، ولكنا نقول يحتمل أنه نهاهم عن ذلك لما كان فيه [من] (ما بين [ ] ليس في ح. أ) مغايظتهم، لا لأن أخذ المال على هذا [«ح أ»: على ذلك] الوجه حرام. والله أعلم).

كما وقع في «ص» وحاشية «أ» زيادة المسائل الآتية: [بعض الكلمات مقتطعة في حاشية «أ» بسبب تآكل أطراف الورقة، ولم نعلق عليها]

مسألة: فإن كان هذا العقد مع مسلم أسلم ولم يهاجر إلينا حل الملك للتاجر عند أبي حنيفة، وكره له ذلك العقد.

وقال محمد: لا يحل له، كما قاله أبو يوسف؛ لأنهما مسلمان جميعا، ولم [«ح أ»: فلا] يحل التملك بالأخذ، ولا بالربا.

إلا أنا نقول: إن الأصل عند أبي حنيفة أن العصمة لا تثبت بنفس الإسلام إلا من حيث الدين=

= فيما بينه وبين ربه (ح. أ: الله تعالىٰ)، فأما في حقوقنا فلا، حتىٰ إذا قتله المسلم (ح. أ: مسلم) أو أتلف ماله لم يضمن شيئا كما لو لم يسلم، ولكنه قائم [«ح أ»: يأثم] ويضمن الكفارة في الخطإ كما لو (ح. أ زيادة: كان) هاجر إلينا، فإذا (ح. أ: وإذا) بقي علىٰ الإباحة في حق أحكامنا (ح. أ زيادة: نحن) وقع الملك لازما صحيحا (ح. أ: صحيحا لازما)، ولكنه أثم حقا لله تعالىٰ، وكذلك أجمعوا [علىٰ] (مابين [ ] ليس في ح. أ) أن المسلمين لو فتحوا تلك البلدة غنمت أمواله إلا ما كان في يده فيكون أولىٰ به لسبق يده إليه بعد الفتح بسبب لم يشركه الغانمون فيه، إلا [«ح أ»: لا] باليد التي كانت قبل الفتح علىٰ ما بينا في موضعه. والله أعلم.

تنبيه: المسألة الآتية والموضوعة بين معقوفتين [ ] مثبتة من حاشية «أ»، وليست في «ص».

[مسألة: إقالة الصرف وفسادها بعد القبض مذكورة في كتاب البيوع مع إقالة السلم، بتوفيق الله تعالىٰ.

مسألة، إذا تقايل العاقدان عند السلم بعد قبض رأس المال لم يجز الاستبدال برأس المال ثمنا كان أو سلعة ما لم يقبضه.

وقال زفر: يجوز؛ لأن الإقالة إن اعتبرت فسخا فجائز؛ لأن الأمر يعود إلىٰ ما قبل العقد ويبقىٰ المال مقبوضا عند المسلم إليه بغير عقد، فيجوز الاستبدال به، وإن لم يعتبر فسخا فيعتبر بشراء جديد، لا بسلم.

ألا ترىٰ أن قبض رأس المال في المجلس ليس بشراء للبقاء علىٰ الصحة كما في الشراء، وإذا اعتبر بالشراء جاز الاستبدال بالثمن قبل القبض، علىٰ أن الإقالة فسخ في باب السلم لا يجوز غيرها؛ لأن الاستبدال بالمسلم فيه قبل القبض باطل فلما لم يحتمل الاستبدال لم يمكن التجويز إلا علىٰ سبيل الفسخ بفسخ البيع قبل قبض المبيع فسخ من كل وجه في كل حكم، وإن كان برضا؛ لأنه لا يحتمل الاستبدال.

والدليل عليه أن رأس المال لو كان عينا وهلك قبل التسليم لم تبطل الإقالة، ولو كان اعتبر عقدا جديدا لبطل، اعتبر بالسلم أو بالشراء، فإن من اشترىٰ عينا بدين وهلك العين قبل التسليم بطل، وكذلك لو تقايلا علىٰ رأس المال مؤجلا صحَّ، ولو اعتبرنا ببدل السلم لما جاز.

وكذلك قالوا في المتصارفين إذا تقابضا، ثم تناقضا= جاز الاستبدال ببدل الصرف قبل القبض، ولا يعتبر بالابتداء، ولا فرق بين الصرف والسلم، بل السلم أولىٰ؛ لأنه لا يحتمل الاستبدال، وبدل الصرف يحتمل.

....

= والذي يوضحه: أن الإقالة فسخ في حق المتعاقدين أبدا، وقبض البدل من حقوق المتعاقدين، ولهذا يعتبر بمجلس الوكيل العاقد دون الموكل؛ ولأن [حقه] (غير واضحة في ح. أ تحتمل: جهة) في الملك واليد فثبت أن القبض من حقوق المتعاقدين، فتعتبر الإقالة في حق القبض بالفسخ، وإذا اعتبر فيها ورفعا للعقد في حق القبض لم يجب قبض جديد في فسخ السلم؛ لأنه حكم العقد الجديد، وكما في الصرف.

ولهذا قلت في المتصارفين إذا تصارفا وتقابضا، ثم تقايلا، ثم تفرقا قبل القبض =لم تبطل الإقالة؛ لأنها فسخ في حق المتعاقدين، والقبض من حقهما، ولا يجب بالإجماع القبض الجديد، لأنه حكم العقد الابتداء لم يجب في فسخ السلم.

وكذلك الاستبدال ببدل الصرف بعد الفسخ جائز بالإجماع، ولو اعتبر صرفا جديدا لما جاز، وكذلك قالوا إذا اشترى كر حنطة بعشرة دراهم، وقبض= لم يجز بيعه قبل الكيل، ولو تناقضا بعد القبض فإن للبائع الأول البيع قبل الكيل؛ لأن الكيل تعيين للمبيع، فكان حق العاقد، والإقالة فسخ في حقه، فلم يلزمه حكم ابتداء العقد.

فزفر أجرى الأجوبة على ظاهر القياس، وجعل القبض والاستبدال بابا واحدا،

واستدل بجواز الاستبدال على أنه فسخ، فلم يوجب القبض في المجلس في الصرف، واستدل ببقاء الإقالة في السلم بلا قبض في المجلس على أنه فسخ فلم يحرم الاستبدال، ثم أكد الجملة بأنها فسخ في حق المتعاقدين، والقبض والاستبدال من حقوق المتعاقدين.

ولعلمائنا أن الإقالة بعد القبض بمعنى تجديد العقد في حق غير المتعاقدين على ما عرف أن الشفيع إذا سلم الشفعة ثم تقايل العاقدان الشراء وجبت الشفعة كما لو اشترى ثانيا؛ لأن حق الشفيع حق غيرهما.

وهذا أصل متفق عليه، والكلام في التخريج عليه فنقول: إن الإقالة في باب السلم وقعت بعد قبض رأس المال، فتعتبر في جانب رأس المال بسلم جديد في حق غير المتعاقدين، وقبض رأس المال الواجب بعقد السلم شرط لجواز الاستبدال به لأمرين:

أحدهما: أن يرتفع به معنى الدين بالدين فلأنه ربا، ولأنه في حكم المبيع في هذا العقد في حق القبض الذي يتعلق به بقاء العقد، فالبيع لا يبقى إلا بقبض المبيع قُبض الثمن أم لا، والسلم لا يبقى إلا بقبض رأس المال قبض المسلم فيه أم لا، بأنَّ أبرأ عنه، ولما تعلق بقاء العقد بقبضه دون المسلم فيه علم أنه ألحق بالمبيع حكما في القبض المبقي للعقد، والبيع قبل هذا القبض في شراء=

= العين فسد حقا للشرع ؛ لأنه حرمه لا حقا للمتعاقدين ، فحق العاقد في جواز تصرفه في ملكه ، ولمّا ثبت حقا للشرع اعتبر الإقالة في حقه بسلم جديد وإذا اعتبر بسلم جديد لم يجز الاستبدال به حتىٰ يقبضه كابتداء السلم ، ولأنه بمنزلة مبيع لم يقبض دينا كان أو عينا ، بخلاف القبض في المجلس فإنه لا يشترط لبقائه علىٰ الصحة ؛ لأنا لو اعتبرناه بالسلم لبطلت الإقالة ، وعاد السلم في جانب المسلم فيه ، وفي حق المسلم فيه فسخ من كل وجه ؛ لأنه لا يحتمل الاستبدال علىٰ ما مرَّ.

وكذلك لو هلك رأس المال وهو عين ، فأما الاستبدال متىٰ حرم قبل القبض فلا يتعدىٰ إلىٰ المسلم فيه ، ولا نعيده بل نقتصر علىٰ قبض رأس المال ، وإنه بمعنىٰ عقد جديد في جانب رأس المال في حق غير المتعاقدين ، فعلمت أن الإقالة في حكم شراء جديد في حق رأس المال مقصورا عليه ، لا في حق المتعاقدين ، والخلاف في حق الشرع ، ولرأس المال في هذا الباب حكم المبيع فيحرم ؛ لأنه بيع ما لم يقبض ، وإن كان ثمنا ، وكما في ابتداء السلم ، وأما في جانب السلم فهو فسخ لا محالة ، فيعتبر فسخا في حكم المسلم فيه لابد منه ،

ولهذا قال علماؤنا في المتصارفين إذا تصارفا ثم تناقضا بعد التقابض ، ثم تفرقا من غير قبض= أن الإقالة تبطل ؛ لأن الفساد لعدم القبض في المجلس حق الشرع فحق المتعاقدين في البقاء ، ولما كان حق الشرع اعتبرت الإقالة بعد التقابض بصرف جديد ، فلا يبقىٰ علىٰ الصحة إلا بقبض في المجلس ، ولا يلزم حق أن الاستبدال ببدل الإقالة قبل القبض صار قابضا لم أصح العتق [كذا ، ولعلها: لما صح] ؛ لأنه إزالة ، وكذلك المرأة إذا تصرفت في المهر قبل القبض بالإقالة تصير قابضة ، وإذا كان قبضا فالعقد بقي بقبض وجد ، بخلاف ابتداء الصرف فإنه لابد من قبض عين البدل ؛ لأن الصرف أصله ثمن بثمن ، فيقع دينا بدين لا يتعيَّن - وإن عين - ، والدين بالدين ربا ، فشرط لصحته قبض معين في مجلس العقد ؛ لأن له حكم ابتدائه من وجوه ، فلما تعذر التعيين مع العقد أقيم مقامه ، ولا تعيَّن إلا بقبض عين البدل ، فشرط لا لأن البيع يوجب ذلك ، ولكن لأن وقوع الملك دينا بدين أوجه ، فلم يبن [كذا ، ولعلها يغن] عنه القبض بالاستبدال ؛ لأنه بعينه ، ووقوع الملك بالسبب حق العاقد ، والإقالة في حق العاقدينفسخ لا محالة ، فيعود إلىٰ قديم الملك ، كأنه لم يبع أصلا لا دينا بدين ، وإذا لم يقع دينا بدين لم يجب القبض المعين شرعا ، فأما فساد الاستبدال قبل قبض المبيع ابتداء فحق الشرع ، فيقع في حقه عقدا جديدا ، فلا يصح الاستبدال ، ونظيره ما قالوا فيمن اشترىٰ كُرا بعشرة وقبضه= أنه لا يجوز بيعه إلا بكيل جديد ،=

....

= ولو تقاسما جاز للبائع ؛ لأن الكيل وجب بحكم مقابلة القدر المسمئ بالثمن إذا اشتري بشرط الكيل ، ولما وقع الملك في قدر الكُر بثمن قابله ، والقدر لا يظهر بالإشارة= احتيج إلى الكيل لبيان ما قدر له من المبيع ووقوع الملك ، فيقع على سبيل العود إلى قديم ملكه بلا مقابلة بالثمن ، فلا يجب الكيل المظهر للقدر كما قلنا في القبض المعين في باب الصرف ، فعلمت أن حرمة الاستبدال ببدل الصرف ليس لفوت القبض ، ولكن ليرتفع الدين بالدين لا غير ، وقد عدم في الإقالة لأن الإقالة فسخ في حق المتعاقدين ، ووقوع الملك حقها ، وإذا لم يثبت دينا بدين لم يجب القبض المعين ، وأما [...] فثبت حقا للشرع ؛ لأنه نوع بيع والبيع لا يبقى صحيحا [...] بقبض في الجملة قبل أن تجيء إلى الكيفية ، ولما وجب في أصله [...] شرط شرطه الشرع لاحقا للعاقد اعتبر بيعا في حقه [...] لو اشترط القبض للتعيين لاكتفى بأحد البدلين ليـ[...] بدين فإنه جائز.

قلنا: المعاوضة المطلقة توجب التسوية [...] المتعاقدين في حقوق العقد ، فإذا وجب القبض لا جد [...] ليصير عينا بدين وجب للآخر ليستويا.

فإن قيل: فـ[...] يجب أن لا يجب إذا تصارفا نقرة بنقرة بعينه قلـ[...] القبض ليبقى العقد صحيحا واجب ؛ لأنه بيع وإذا و[... لعلها: وجب] أحدهما ، والبدل الآخر على صفته وجب كذلك ليتـ[...] كالعين بالعين إذا بيع أحدهما بالآخر ، ولما وجد القـ[...] البدلين ، وهو صرف اعتبر في المجلس لئلا يفارقا [...] المطلق ، وهذا الثمن بالثمن إذا ضارب دينارا بدين [...] للآخر يجوز إذا قبض الدينار في المجلس دون العـ[...] فرق بينهما في العوض ، فالدين متى جعل عوضا يسقط [...] والآخر يجب ولا يسقط ، فوجب قبض ما يمكن البـ[...] عينا بدين ، ولا يجب قبض الآخر بحكم المساواة لأنه فر [...] بالإشارة كما يجب قبض رأس المال في السلم ، ولا يجب قـ[...] فيه لأنه فرق بينهما لما أجل أحدهما وعجل الآخر فعـ[...] القبض ليبقى العقد صحيحا حق الشرع في كل بيع و[...] المعين شرط فيما ملك دينا بدين ، ووقوع الملك [...] حق المتعاقدين ، فلا يصح دينا بدين فيما هو فسخ [...] فلا يجب القبض المعين الذي وجب بناء على هذه الـ[...] ووجب أصل القبض الذي هو واجب بالسبب نفسه شرعا ، وأما إذا تقايلا السلم واستبدل برأس المال [...] لم يجز عند أصحابنا الثلاثة - ﷺ - ، وعند زفر يجوز [...] المانع من الاستبدال بالمسلم فيه ، وإذا ارتفع [...] حكم.

ولنا: أن السلم بيع ، والمعنى بالبيع أنه بيع سلعة [...] بسلعة ، والبيع علق بقاؤه على الصحة=

....

= بقبض الـ[...] فات بطل وفي باب السلم علق البقاء علىٰ الـ[...] رأس المال عينا كان أو دينا، فعلمنا أنه الحق بالـ[...] مقامه في حق القبض الذي تعلق صحة العقد [...] وذلك قبض المبيع في الأصل فعلم أنه قام [...] وحرمة الاستبدال بالمبيع قبل القبض [...] لأن حق العاقد في الجواز فجعل الإقالة [...] حقه وليس لبدل الصرف حكم المبيع؛ لأنه عقد عن [...] الثمن ليس بشرط لبقاء العقد علىٰ الصحة في البيع [...] بأنَّ وجب قبض بدل الصرف بالمبيع وإنه عقد لا [...] فيه، وإذا لم يلتحق به لم يمتنع الاستبدال به لا [...] قبل القبض وأما قول زفر أن الاستبدال با [...] لما لم يجز الفسخ فسخا من كل وجه فذلك [...] ضرورة أنه لا يجوز الاستبدال به فيتقدر بقد [...] فثبت في حق السلم دون رأس المال بل يجوز قيا [...] الأثمان، وإذا جاز جاء أصل القبض في إزالة [...] بتصرفه الذي هو الشرط الأصلي للملك الثابت [...] ألا ترىٰ أن هذا القبض يعتبر في النكاح [...] بدل النكاح والخلع متىٰ استحق وفات قبل [...] الملك فيه وكذلك إذا هلك حتىٰ يكون الكفر علىٰ الذي عليه البدل ولكن العقد لا ينتقض فيجب تسليم بدله، فعلمت أن أصل القبض لملك ما أثبت بالمعاوضة بشرطه شرعا لبقاء الملك فيه، ولم يكن حقا للعاقد فملكه يبطل به، وإذا وجب شرعا اعتبر في حقه بعقد جديد].

تنبيه: المسألة الآتية والموضوعة بين قوسين () مثبتة من «ص»، وليست في حاشية «أ».

(مسألة، إذا تقايلا عقد الصرف بعد القبض، أو انتقض بسبب الرد بالعيب فيما يتغير برضا بعد القبض، ثم تفرقا عن مجلس القبض قبل قبض جديد= يبطل النقض عندنا.

وقال زفر: لا يبطل؛ لأن الفسخ في هذه الأسباب فسخ في حق ما بين المتعاقدين علىٰ ما عرف، والقبض من حق ما بينهما؛ لأنه يجب حقا للمالك فصار فسخا في حق القبض فلم يجب، كما لو كان فسخا بالعيب نقضا أو ردًّا بالزيافة الذي هو فسخ من كل وجه، وهذا لأن الفسخ يعيدهما إلىٰ قديم ملكهما، والقبض شرط لبقاء الملك الجديد بالصرف، لا لبقاء الملك القديم.

ألا ترىٰ أن الاستبدال صحيح بكل دين لا يشترط لبقائه قبضه، وكذلك إذا اشترىٰ كر حنطة وقبضه لم يملك بيعه إلا بكيل، ولو تقايلا قبل الكيل أو بعده صحَّ، ولم يحتج البائع إلىٰ كيل جديد لجواز بيعه؛ لأنه فسخ في حقه وأعاده لقديم ملكه فملك التصرف من غير كيل كما قبل البيع، ولو جعل بيعا جديدا في حق القبض لاحتيج إلىٰ كيل جديد لا بد منه، وكذلك إذا صالح رب السلم المسلم إليه علىٰ رأس المال مؤجلا صحَّ، وإنه فسخ، ولم يعتبر بالابتداء في شرط قبض=

= رأس المال في المجلس، وإن صح فسخا دينا بدين.
إلا أنا نقول: الإقالة بيع جديد في حق الثالث، فصار صرفا كما لو جدداه كذلك، والصرف موجب لقبض البدلين في المجلس وفساد الصرف بالتفرق قبل القبض من حق الشرع، لا من حق المتعاقدين؛ لأنهما تراضيا بذلك، وقصدا التملك على ما قصدا، وبالفساد يفوت حقهما، والشرع يبتلينا بضروب شروط لمصلحة فيها عامة، أو حكمة اختص بعلمها، لا لحق المتعاقدين، فحقهما في الجملة ما أراداه وأثبتاه لأنفسهما، لا ما يفوت به إرادتهما، والقبض بخلاف الكيل؛ لأن الكيل مظهر للقدرة، وهو إنما اشترى مقدارا فكان ما يظهر قدر المبيع حقا للعاقد، وهو القدر يحتاج إليه للملك الجديد؛ لأنه يملك مقدارا، فأما القديم فلا، ثم فساد البيع لأنه ما لم يظهر له القدر فهو مجهول، فأمر بأنَّ لا يبيع مجهولا، وما هذا الفساد والجواز من حقوق العقد، ولكنه حكم الملك، فإنه تصرف مبتدأ يملك بحكم الملك، والملك حقهما، وإنه فسخ في حق ما بينهما، وعلى هذا أمر الاستبدال فإنه تصرف مبتدأ كما بعد القبض، وما هو من حقوق العقد في شيء، بل هو من حقوق الملك، إلا أنا منعناه قبل القبض في الملك الجديد بعلة عرفت في موضعها، والملك الثابت بالفسخ ليس بجديد؛ لأنه حق المتعاقدين، وهذا فسخ في حقهما، وإذا لم يكن جديدا لم يمتنع الاستبدال بعدم القبض كما قبل المعاقدة.
فأما قوله: «إن الاستبدال يفوت القبض» فلا كذلك، بل هو بمنزلته إذا صح.
ألا ترى أني جعلت الاستبدال في العقار قبل القبض قبضا، وكذلك في بدل النكاح، وكل ما يصح الاستبدال به قبل القبض قبض حكما، وكيف لا يكون وفيه إقامة لملك البدل حكما، فكان كالإتلاف الحقيقي للعين بالفعل، وأما فسخ السلم حين اعتبرنا لابتداء يصير رب السلم بائعا للحنطة لا سلما؛ لأن السلم كبيع ما في الذمة، وهذا إسقاط، وإذا لم يكن سلما لم يجب القبض في المحل؛ لأن الوجوب متعلق بالصرف والسلم، لا لحقيقة أنه دين بدين على ما بينا في موضعه).
مسألة، إذا اشترى قلب فضة بدينار وسلم الدينار ولم يقبض القلب حتى أحرقه رجل، واختار المشتري [أن اتباعه بالقيمة] (ما بين [ ] ليس في ح. أ)، ثم فارقه قبل القبض بطل الصرف [في قول] (ح. أ: عند) أبي يوسف ومحمد - ﷺ -. وكذلك لو اشترى عبدا فقتل قبل القبض، واختار المشتري اتباع القاتل بالقيمة ثم تويت القيمة على القاتل بطل العقد.
رجع أبو يوسف وقال: لا يبطل، والاختيار قبض، هكذا علل أبو يوسف. =

....

= [فأما] وجه قوله الأول، وهو أن القيمة بالإتلاف تقوم مقام التلف [«ح أ»: الإتلاف]، كأنه هو، لا أن يكون ثابتا على سبيل المبادلة بالاختيار بدلالة أنه يجوز الصلح على القيمة مؤجلة أو (ح .أ: و) معجلة، ولو فارقه قبل القبض، والأصل ذهب أو فضة= لم يبطل، ولأن الاختيار لو كان (ح. أ: ولأنه لو كان الاختيار) مبادلة لكان استبدالا ببدل الصرف أو بالمبيع قبل القبض، فكان لا يجوز، ولأنه يتصدق بالفضل؛ لأنه ربح ما لم يضمن، وكذلك لو كان المشتري وكيلا بالشراء واختار اتباع المتلف [«ح أ»: المفلس] بالقيمة خيَّر الموكل كان المبيع قائما بعينه وتغير [كذا، ولعلها: أو تغير] ولو جعل مبادلة جديدة لكان للوكيل؛ لأن الوكالة الأولى [قد] انتهت، أولا يجوز كما لو كانت السلعة قائمة [بعينها] فباعها.

ألا ترى أن الوكيل بالصرف لو اشترى القلب فجاء إنسان فهشمه فاختار الوكيل تضمينه من خلاف جنسه فجواز [«ح أ»: بحق أن] القبض حقه كأنه مبادل لا نائب، وله أن لا يقبض معينا [«ح أ»: معيبا] فملك اختيار الضمان كالمالك، وكانت القيمة للوكيل وضمن بمن القلب للآمر [«ح أ»: فضمن للآمر عن القلب]؛ لأنه مبادلة جديدة لبقاء عين القلب بعد الهشم، إلا أنه [ملكها] بحكم أنه من حقوق العقد فنفذ عليه دون الآمر بدليل [«ح أ»: فدلتك] هذه المسألة، على أنه في مسألتنا [هذه] لما استوفى القيمة وكانت للموكل أنها وجبت حقا للموكل بالإتلاف الذي أوجب القيمة مقام المتلف كأنه [زاد «ح أ»: مكانه] هو، وإذا كان ذلك كذلك وجب اعتبارها بالأصل حكما، والأصل لم يكن مقبوضا فلذلك (ح. أ: فكذلك) ما قام مقامه؛ لأنه لما قام مقامه صار كأن الأول باق ولم [«ح أ»: ولكن] تغير وصفه.

ألا ترى أنه لو اشترى عبدا، فقتله عبد آخر قبل القبض، فدفع به، ثم هلك الثاني= انتقض العقد [«ح أ»: البيع]، وكذلك القيمة؛ لأن العقد [«ح أ»: العبد] الثاني أقيم مقام الأول شرعا، كالقيمة إذا أتلفه غيره، وليس فيما أن البائع يبرأ عن ضمان التسليم باختيار المشتري اتباع المتلف [«ح أ»: القاتل] ما دل على القبض، لأنه يبرأ (ح. أ: برئ) بحكم الحوالة إليه حكما، ولو أحال قصدا ببدل الصرف على إنسان حتى برئ العاقد لم يتضمن قبضا حتى إذا فارقه قبل القبض من المحتال عليه بطل الصرف، وكذلك هذا فثبت (ح. أ: فكذلك نثبت) أنه يجب الاخيار [«ح أ»: تحت الاختيار] قيام القيمة مقام السلعة وقيام المتلف مقام البائع.

ووجه قوله الآخر أن الاختيار قبض لأنه بالاختيار يقيم القيمة مقام السلعة، ويقيم المتلف في السلعة مقام نفسه [من السلعة]؛ لأن الملك فيها يصير للمتلف حتى لو كانت شاة ودبغ=

. . . .

= جلدها كان للضامن، ولو كان عبدا أبق فعاد كان ملكا له، وقد أثبت محمد أن لا مبادلة [ههنا] ليكون الملك مضافا إلى مبادلة جديدة تثبت بالاختيار، فثبت أنه بحكم القيام مقام المالك كما قيل في القيمة إنها لما صارت ملكا للمختار بلا مبادلة جديدة كان من طريق القيام مقام الأول، وكان الملك فيه على سبيل بقاء الأول دون الابتداء، فكذلك في حق ملك الضمان يجعل على طريق البقاء كأنه وارث الأول فخلفه [فيه]، وإذا كان على هذا الطريق كان قبضه الموجود بالإتلاف قبضا بحق البيع كقبض الوارث بحكم قيامه مقام المشتري [المستحق للقبض بخلاف العبد يقتل العبد فيدفع به؛ لأن القبض وجد من العبد القاتل، وإنه قائم مقام المبيع لا مقام المشتري]، فلا يكون قبض المبيع بنفسه (ح. أ: نفسه) نائبا عن قبض المشتري، إنما ينوب عن قبضه قبض من ناب منابه بالتوكيل، ومنابه في الملك المطلق بالقبض كالواهب [«ح أ»: للقبض للوارث]، فأما قبض الثالث فلا، وليس هذا كالحوالة؛ لأن المحتال عليه قام مقام المحيل في التزام أصل الدين في ذمته، ولم يقم مقام المشتري، ولا أيضا وجد منه قبض، [فمحمد أثبت الخلافة في حق ملك ضمان القيمة للمشتري، ولم يثبتها في حق ملك المضمون للضامن على المشتري]. («ح. أ»: فمحمد أثبت ضمان الخلافة من الوجهين جميعا. وما قاله محمد أظهر في حق ملك القيمة للمشتري، ولم يثبتها في حق ملك المضمون للضامن عن المشتري.)

وأبو يوسف أثبت الخلافة من الوجهين جميعا.

وما قاله محمد أظهر فإن الضامن يملك المضمون ملكا مبتدأ، كما لو اكتسب سببا للملك، وما قاله أبو يوسف أدق وأخفى (ح. أ: وأحق)؛ لأن هذا السبب لم يشرع سببا للأملاك، وهو التعدي إنما (ح. أ: وإنما) يثبت له [«ح أ»: به] الملك من حيث إنه سبب لملك البدل، فإذا كان المعنى الذي به يقع الملك في البدل هو المعنى الذي [به] يثبت في المضمون للضامن لم يجز أن يفترق حكم الملكين، وكان للملكين جميعا حكم الابتداء على الحقيقة [«ح أ»: جميعا على الحقيقة حكم البقاء لا الابتداء]؛ لأنه ثابت بسبب الغصب وحكم البقاء من حيث إن الغصب ليس بسبب الملك قصدا. [والله أعلم] (ما بين [ ] ليس في ح. أ).

مسألة، إذا زاد أحد المتصارفين في بدل [صرف] قوبل بجنسه شيئا أو حط شيئا بطل (ح. أ: وبطل) الصرف عند أبي حنيفة.

وقال (ح. أ: وعند) أبو يوسف: العقد ماضٍ، والثاني باطل.

وقال محمد: كذلك في الزيادة، وأما في الحط فقال (ح. أ: وقال في الحط إن): العقد صحيح،=

= والحط صحيح، وعلى هذا إذا زاد المشتري للبائع رطلا من خمر، وأما إذا زاد أجلا إلى الحصاد، فالجواب كذلك (ح. أ: فذلك الجواب) عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد: العقد صحيح والأجل ثابت.

أما أبو يوسف فإنه يقول بالقياس (ح. أ: القياس) أن لا تصح الزيادة في شيء من العقود، كما قاله زفر؛ لأن الزيادة ثمنا لا تثبت إلا بمبادلة بمبيع، والمبيع كله للمشتري بالثمن الأول فعزبت الزيادة عن المقابلة [بالمبيع]، فبطلت، وكذلك الحط إنما يخرج عن أصل الثمنية بانفساخ العقد في حقه (ح. أ: الحق)، والفسخ لا يرد على الثمن وحده، وههنا لا (ح. أ: لم) يرد على المبيع؛ لأنه باق كما كان، ولأن الفسخ لا يثبت إلا مبادلة بالابتداء [«ح أ»: كالابتداء]؛ إلا أنا جوزنا ذلك حيث جوزناه بضرب حيلة لتحري الجواز لكلام العاقل، فإذا كان التجويز في مسألتنا هذه يؤدي إلى فساد أصل العقد، ثم فساد الشرط بفساد العقد= لم يجز تحري جهة الثبوت بالحيلة ووجب إبطاله [بناءً على الجهة الظاهرة التي هي مبطلة في العقود كلها على ما ذكرناه].

وأما محمد فإنه يقول في الزيادة كذلك، ويقول إن الحط إن لم يكن تصحيحه فسخا من الأصل لما فيه من إفساد العقد وجب تصحيحه للحال هبة، كما في حط جميع الثمن، وأما الأجل فتصحيحه لا يوجب إفسادا لأن البيع ينعقد مع هذا الأجل إذا قاربه [«ح أ»: قارنه] على حكم الصحة.

ألا ترى أن من له الأجل إذا أبطل حقه في الأجل صحَّ، وكذلك يصح مع هذا الأجل الكفالة والكتابة، ولما كان هذا الأجل مع المقارنة لا يفسده أصلا بتاتا، والطارئ حكمه أخف من المقارن [كما في الإباق المقارن] (ما بين [ ] ليس في ح. أ) أنه يمنع الصحة، والطارئ لا يفسده، ولكن يوجب خللا. قيل في مسألتنا هذه: إن الطارئ لا يوجب فسادا أصلا [«ح أ»: أيضا]، ولا خللا ليكون دون المقارن، فإن المقارن ما أوجب فسادا (ح. أ: الفساد) بتاتا، بل قرب منه.

وأبو حنيفة يقول: إنه قد ثبت من أصلنا أن الزيادة والحط يلتحقان بأصل العقد، وثبت أن [«ح أ»: ويثبتان] كما لو وجد (ح. أ: وجدا) مع العقد ما دام المعقود عليه قائما، وكذلك الأجل وجميع ما يصير وصفا للجملة بدليل (ح. أ: لوكيل) عرف في موضعه، فكذلك فيما نحن فيه؛ لأن ذلك الدليل قائم بعينه.

فأما قول أبي يوسف أن ثبوته يفسد الأصل [«ح أ»: أنه يفسد الأجل الأصل]، ويفسده أيضا فليس=

تم الكتاب بحمد الله ومنه.

= بقوي؛ لأن البيع عندهم نوعان: حلال وحرام، وكل ذلك مشروع مفيد للملك على ما بينا في البيوع الفاسدة، فكون الإنسان عاقلا، أو عاقلا مؤمنا يدل على أن ظاهر تصرفه [يكون] على موافقة دينه وعقله، فأما إذا لم يحتمل [تصرفه] جهة الموافقة أصلا على ما ظهر من حكم [«ح أ»: محكم] خطابه وجب العمل به، فإن ثبت ثبت وإلا بطل، وكذلك إن لم يكن العمل بحقيقته لأنه [«ح أ»: في العمل تحقيقه] خلاف شرعه وعقله من كل وجه، فالحكم [يكون] بحقيقة النص لا بمحتمله، وههنا على ما ثبت من حكم [«ح أ»: محكم] خطابه لا يوجب [«ح أ»: لا وجه] إلا الإثبات على وجه يجعل هذه العقود عقودا فاسدة، وهي مشروعة كالصحيحة، وإذا كان كذلك لم يجز إلغاء هذه الشروط أصلا، بل وجب [«ح أ»: ولها وجه] الإثبات من وجه، وليس هذا كحط جميع الثمن على قول محمد؛ لأنا متى حملناها على الفسخ بقي العقد الأول بلا ثمن فلا يكون تبعا أصلا ولا يبقى الحط حطًّا، فجعل هبة للحال على ما يحتمله مجازه، فأما في مسألتنا هذه (زاد ح. أ: فإنه) يبقى العقد بعد الحط عقد ربا، وهو مشروع من جه منهي عنه من وجه، فلا نحمله على مجازه وقد أمكن العمل بحقيقته على وجه ما.

ألا ترى أن من وكل إنسانا بالبيع انصرف إلى الصحيح والفاسد جميعا، ولم ينصرف إلى الصحيح وحده، فيكون (ح. أ: ليكون) على موافقة الشرع بلا نهي، بل تثبت له الولاية مطلقة كذلك عملا بحقيقته (ح. أ: بالحقيقة)، وأما الأجل إلى الحصاد فكذلك أيضا؛ لأن المسألة فيما إذا جعل (ح. أ: جعلا) البيع بأجل إلى الحصاد حتى يكون ثبوته على طريق الالتحاق بأصل العقد كالحط والزيادة (ح. أ زاد: إلا) على طريق الاقتصاد للحال (ح. أ: على الحال)، فإذا كان كذلك صار بمنزلة المقارن حكما كالحط الذي ذكرناه. والله أعلم. [زاد «ح أ»: كذا في بعض النسخ]. تم كتاب الصرف.

[تنبيه متعلق بالرموز المستخدمة في أثناء المسائل السابقة:

ـ رمز بـ: [ح «أ»:] للكلمات والجمل التي خالفت فيها حاشية «أ» ما وقع في «ص».

ـ وبالرمز [ ] للكلمات والجمل المثبتة من حاشية «أ»، وليست في «ص».

ـ وبالرمز [...] للكلمات التي سقطت من حاشية «أ» بسبب تآكل حافة الورقة].

فهرس الموضوعات